Werner Lichtenberg

DER GRUNDSATZ DER WAFFENGLEICHHEIT AUF DEM GEBIET DES VERWALTUNGSPROZESSRECHTS

1974

DER GRUNDSATZ DER WAFFENGLEICHHEIT AUF DEM GEBIET DES VERWALTUNGSPROZESSRECHTS

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den

Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Werner Lichtenberg aus Lendringsen
1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Menger
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Hoppe
Dekan:	Prof. Dr. Kollhosser
Tag der mündlichen Prüfung:	11.2.1974

INHALTSÜBERSICHT

Seite

LITERATURVERZEICHNIS V

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XIX

EINLEITUNG: Die Problemstellung 1

Erster Teil: Grundlage und Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit 4

A. Ermittlung einer gemeinsamen verfassungsrechtlichen Grundlage 4

I. Geltung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes im Prozeßrecht 4

1. Argumentation aus dem Wesen der Grundrechte 6

2. Grundrechtssubjektivität aller juristischen Personen 8

3. Anwendbarkeit im Verhältnis zum Gericht 14

II. Funktionsspektrum des Gleichheitsgrundsatzes 15

B. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz 18

I. Geschichtliche Entwicklung 18

1. Von den USA bis zur Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat 18

2. Meinungen zu Art.109 Abs.1 WRV 20

3. Das Bonner Grundgesetz 23

II. Der Begriff der Gleichheit 24

1. Gleichheit und Unterschiedlichkeit 25

2. Wesentliche Gleichheit 26

III. Materieller Gehalt des Art.3 Abs.1 GG 28

1. Bindung des Gesetzgebers an die Idee der Gerechtigkeit 29

2. Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache 32
3. Wertmaßstäbe allein aus der Verfassung 35
4. Wandelbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes 38

C. Der Grundsatz der Waffengleichheit 40

I. Das Sozialstaatsprinzip 40
1. Materieller Gehalt 42
2. Beziehung zum Grundsatz der Waffengleichheit 44

II. Elemente der Rechtsstaatlichkeit und Art.3 Abs.1 GG 46
1. Das Rechtsstaatsprinzip 46
2. Die Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 S.1 GG 48
3. Unabhängigkeit des Richters und rechtliches Gehör 50

III. Waffengleichheit als Chancengleichheit 53

Zweiter Teil: Waffengleichheit im Verwaltungsprozeß 57

A. Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte 58

I. System des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO 60
1. Aufschiebende Wirkung und sofortige Vollziehung 61
2. Aussetzen der Vollziehung, Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung 64
3. Der Beschwerdeausschluß nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO 65
a) Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses 66
b) Vereinbarkeit mit Art.3 Abs.1 GG 68

II. Beschwerdeausschluß bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung 72
1. Anwendbarkeit von § 80 VwGO 73
2. Unterschiedliche Interessenlage 75

Seite

3. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Waffengleichheit 78
a) Verstoß bei wortgetreuer Anwendung 78
b) Zulässigkeit verfassungskonformer Auslegung 80
c) Eingeschränkte Anwendung 83

B. Waffengleichheit und objektive Beweislast 88

I. Herrschende Beweislastregelung 89
1. Abhängigkeit von der materiellen Lage 91
2. Ermessen und Beweislast 94

II. Problematik dieser Beweislastregelung 96
1. Überlegene Rechts- und Tatsachenkenntnis der Behörde 97
2. Ausgleichseffekt der Untersuchungsmaxime 99
a) Ermittlungstätigkeit des Gerichts 99
b) Einfluß der Beteiligten 100

III. Anwendbarkeit des prozessualen Grundsatzes der Waffengleichheit 102
1. Zuordnung der Beweislastregeln zum materiellen Recht 103
2. Zuordnung zum Prozeßrecht 106

IV. Auswirkungen auf die Beweislastverteilung 107
1. Beweislastumkehr im Zivilprozeß - Produzentenhaftung 109
2. Anwendung im Verwaltungsprozeß 112

C. Der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeßrecht 114

I. Aufgaben von OBA und VöI 117
1. Wahrung des öffentlichen Interesses 118
2. Institutionelle Ausgestaltung 120
a) Weisungsabhängigkeit 121
aa) Fachaufsicht der Bundes- oder Landesregierung 123
bb) Fachaufsicht des Innenministers 125
cc) Dezentralisierte Fachaufsicht 126

b) Form der Amtsausübung (Hauptamt-Nebenamt) 127
c) VöI als offizielle Parteivertreter 128
aa) Neutrale Parteivertretung 129
bb) Verhältnis zur eigentlichen Aufgabe 130

II. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Waffengleichheit 132
1. Wahrung der Interessen des Gemeinwohls 132
2. VöI als Parteivertreter 134
a) Offizielle Parteivertretung 135
b) Uneingestandene Parteivertretung 135

LITERATURVERZEICHNIS

Abendroth, Wolfgang	Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit herausgegeben von Ernst Forsthoff, Darmstadt 1968 zit.: Rechtsstaat
Achterberg, Norbert	Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht in: AöR Bd.86 (1961), S.63 ff zit.: Bundeszuständigkeiten
Aldag, Heinrich	Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung Diss. jur. Berlin 1925
Anschütz, Gerhard	Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, vom 31. Januar 1850, Kommentar Berlin 1912
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches, vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. Berlin 1933
Apelt, Willibald	Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 GG in JZ 1951, S.353 - 359
Arndt, Adolf	Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, Kommentar, 7. Aufl. Berlin 1911
Arndt,Adolf	Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs in: NJW 1959, 1297 ff
Bachof, Otto	Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Bd.III/1, S.155 ff herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner Berlin 1958

Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates in: VVDStRL Heft 12, S.37 ff
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd.II, Tübingen 1967 zit.: Rechtsprechung d. BVerwG's
Bachof, Otto	Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes DReZ 1950, 341 ff zit.: Verwaltungsgerichtsbarkeit
Baring, Arnulf Martin	Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß in: VerwArch Bd.50 (1959), S.105 ff
Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann	Zivilprozeßordnung Kommentar, 31. Aufl., München 1973
Bernhardt, Wolfgang	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß in: JR 1966, S.322 ff
Bettermann, Karl August	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27. Mai 1957, in: JZ 1958, 163 ff
Bettermann, Karl August	Anmerkung zum Beschluß des Hess.VGH vom 27. Sept.1971, in: DVBl 1972,579 ff
Bettermann, Karl August	Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger in: NJW 1969, 1321 ff
Bettermann, Karl August	Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses in: JurBl., Wien 1972, S.57 ff
Bettermann, Karl August	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.III/2 S.774 ff herausgegeben von Helmut R.Külz und Richard Naumann Berlin 1959

Bettermann, Karl August	Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit in: Der Staat, Bd.1, S.79 ff Berlin 1962
Böckenförde, Werner	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters Diss.jur. Berlin 1957
Bötticher, Eduard	Die Gleichheit vor dem Richter Hamburg 1954
Blomeyer, Arwed	Beweislast und Beweiswürdigung, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag München und Berlin 1966
Brüggemann, Dieter	Judex statutor et judex investigator Bielefeld 1968
Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht Berlin und Frankfurt 1968
Buhren, Gerd-Dieter	Anmerkung zum Beschluß des Hess.VGH vom 27.9.1971 in: NJW 72,462 f zit.: Anm.
De Clerck, Hans	Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte in: DÖV 1964,152 ff
Deutsch, Erwin	Anmerkung zum Urteil des BGHZ vom 26. Nov.1968 in: JZ 1969,391 ff zit.: Anm.
Diederichsen, Uwe	Die Haftung des Warenherstellers München und Berlin 1967
v.Doemming/Füsslein/Matz	Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes JöR Bd.1 Tübingen 1951 zit,: Entstehungsgeschichte
Dreier, Rolf	Zum Begriff der "Natur der Sache" Diss.jur. Münster 1962
Dürig, Günther	Gleichheit in: Staatslexikon Sp.983 ff Freiburg 1959

Dütz, Wilhelm	Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
Eichenberger, Kurt	Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem Bern 1960
Eisemann, Adolf Peter	Grenzen des Weisungsrechts für den "im Einzelfall sachlich zuständigen Minister" gegenüber dem Staatskommissar beim Oberverwaltungsgericht des Saarlandes in: DÖV 1958,685 ff zit.: Weisungsrecht
Eyermann/Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 5. Aufl. München 1971
Forsthoff, Ernst	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG) in: DÖV 1959,41 ff
Forsthoff, Ernst	Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat Tübingen 1931
Forsthoff, Ernst	Zur Problematik der Verfassungsauslegung Stuttgart 1961
v.Freitagh-Loringhoven Axel Frhr. von	Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit München 1924
Friauf, Karl Heinrich	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25. Okt.1968 in DVBl. 1969,367 zit.: Anm.
Fromm, Günther	Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht in DVBl.1962,801 ff
Fromm, Günther	Verwaltungsakte mit Doppelwirkung in VerwArch Bd.56 (1965), S.26 ff
Fuß, Ernst-Werner	Normenkontrolle und Gleichheitssatz in: JZ 1962,565 ff

Gaedke, Jürgen	Die Vertreter des öffentlichen Interesses nach der VO Nr.165 in: DÖV 1950, 73 ff
Geiger, Willi	Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S.167-181 herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1957
Gerber, Hans	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 11. Sept.1958 in: DÖV 1959,344 ff zit.: Anm.
Gerber, Hans	Der Vertreter des öffentlichen Interesses in: DÖV 1958,680 ff
Giese, Friedrich	Die Verfassung des Deutschen Reiches 8. Aufl. Berlin 1931
Giese/Schunck/Winkler	Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik Bd.2 Loseblattsammlung Frankfurt 1951
Groß, Otto	Die Staatsanwaltschaft bei den bayerischen Verwaltungsgerichten in: BayVBl.1959,71,107
Groß, Otto	Die bayerische Staatsanwaltschaft im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in: DVBl.1960,626 ff
Grunsky, Wolfgang	Grundlagen des Verfahrensrechts Bielefeld 1970
Habscheid, Walther	Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfahrensrechtlicher Grundsätze in: JR 1958,361 ff
Häberle, Peter	Öffentliches Interesse als juristisches Problem Bad Homburg 1970
Hamann, Andreas	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz in NJW 1957, S.2 ff

Hamann/Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 3. Aufl. Neuwied und Berlin 1970 zit.: Das Grundgesetz
Hatschek, Julius	Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 1. Bd. Berlin 1922
Haueisen, Fritz	Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten in NJW 1966,764 f
Haueisen, Fritz	Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen NJW 1964,2037 ff
Heintze, Reinhard	Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten in: NJW 1963,1430 ff
Hellwig, Konrad	System des deutschen Zivilprozeßrechts Teil 1 Leipzig 1912
Herzog, Tilman	Die Grundrechtssubjektivität überindividueller, privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Funktionseinheiten Diss.jur. Münster 1969 zit.: Grundrechtssubjektivität
Hesse, Konrad	Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht in: AöR 77 (1951), S.167 ff
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts 5. Aufl. Karlsruhe 1972
Hesse, Konrad	Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend Tübingen 1962
v.Hippel, Ernst	Zur Auslegung des Art.109 Abs.1 der Reichsverfassung in AöR NF 10 (1926) S.124 ff
Holzweißig, Bruno	Die Aufgaben eines Vertreters des öffentlichen Interesses in: DÖV 1960,17 ff

Hubrich, Eduard	Das Demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches Greifswald 1921
Ipsen, Hans-Peter	Gleichheit in: Die Grundrechte Bd.II S.111 ff herausgegeben von Neumann, Nipperdey, Scheuner Berlin 1954
Jerusalem, Franz	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den Südweststaat-Streit in: NJW 1952,45 ff zit.: Südweststaat-Streit
Kaufmann, Erich	Die Gleichheit vor dem Gesetz in: VVDStRL Heft 3 S.2 ff Berlin und Leipzig 1927
Klein, Franz	Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit in: DÖV 1964,471 ff
Klein, Friedrich	Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes in: VVDStRL Heft 8 Berlin 1950
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 2. Aufl. Göttingen 1964
König, Hans-Günther	Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren in DVBl.1959,189 ff
Kopp, Ferdinand	Beschwerderecht gegen die Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes? in BayVBl.1966,380 f
Kopp, Ferdinand	Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht München 1971
Lang, Arno	Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß in: VerwArch Bd.52 (1961), S.60 ff
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1969

Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz 1. Aufl. Berlin 1925 2. Aufl. München und Berlin 1959
Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz, Ein Nachwort zur Auslegung des Art.109 Abs.1 WRV in AöR NF Bd.12 (1927) S.1 ff zit.: Auslegung des Art.109 Abs.1 WRV
Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz in: DVBl.1951,193 ff
Leibholz, Gerhard	Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz in: AöR NF Bd.19 (1930), S.428 ff
Leibholz, Gerhard	Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20.Jhdt., 3. Aufl. Berlin 1966 zit.: Wesen der Repräsentation
Leibholz/Rinck	Grundgesetz für die BRD, 4. Aufl. Köln-Marienburg 1971
Leipold,	Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen Berlin 1966
Leisner, Walter	Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in: JZ 1964,201 ff
Lent/Jauernig	Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. München 1970
Lüke, Gerhard	Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß in:JZ 1966,587 ff
Lüke, Gerhard	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre in: JuS 1961,41 ff
Luhmann, Niklas	Legitimation durch Verfahren Neuwied und Berlin 1969
Luhmann, Niklas	Grundrechte als Institution - Ein Beitrag zur politischen Soziologie Berlin 1965

Maetzel, Wolf Bogumil	Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß in: DÖV 1966,520 ff
Mainzer, Otto	Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht Berlin 1929
von Mangoldt,Hermann/ Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd.I Berlin und Frankfurt 1957
Martens, Wolfgang	Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969
Martzloff, Peter	Anmerkung zum Beschluß des Hess.VGH vom 27.9.1971 in NJW 1972, 919 ff
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl. München 1971
Maunz, Theodor/ Dürig, Günther/ Herzog, Roman	Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung München 1969
Menger, Christian-Friedrich	Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd.I, S.427 ff herausgegeben von Helmut R.Külz und Richard Naumann Karlsruhe 1963
Menger, Christian-Friedrich	Forgeltung verfahrensrechtlicher Grundsätze des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in: DVBl.1950, S.696 ff
Menger, Christian-Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht (HRR) in: VerwArch 55 (1964), S.284 51 (1960), S.267 f
Menger, Christian-Friedrich	Rechtssatz, Verwaltungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: DÖV 1955, S.587 ff
Menger, Christian-Friedrich	Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung in: DÖV 1969, S.153 ff
Menger, Christian-Friedrich	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Die Grundrechte 3.Bd., 2. Halbbd. herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner Berlin 1959

Menger, Christian-Friedrich	Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953
Menger, Christian-Friedrich	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes Tübingen 1954
Menger,Christian-Friedrich / Erichsen Hans-Uwe	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, HRR, VerwArch 59 (1968), S.287 60 (1969), S. 98 ff
Mes, Peter	Der Rechtsschutzanspruch Diss.jur. Köln 1970
Meyer -Hentschel, Gerhard	Der Vertreter des öffentlichen Interesses in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45 Berlin 1970
Müller, Arnold	Die Gleichwertigkeit der Beteiligten im Finanzgerichtsprozeß Diss.jur. Münster 1970
v.Mutius, Albert	Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung Berlin 1969
Naumann, Richard	Die Verwaltungsgerichtsordnung in: DÖV 1960, S.361 ff
Nawiasky, H.	Die Gleichheit vor dem Gesetz in: VVDStRL Heft 3, S.25 ff
Neis, Kurt	Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht in: DVBl. 1968, S.229 ff
Nipperdey, Hans Carl	Freie Entfaltung der Persönlichkeit in: Grundrechte Bd.IV 2, S.741 ff herausgegeben von Bettermann/Nipperdey, Berlin 1962
v. Olshausen, Henning	Die Anwendbarkeit von Grundrechten auf juristische Personen des öffentlichen Rechts Diss.jur. Marburg 1969

Peters, Hans	"Sozialstaat" in: Staatslexikon 7. Bd., 6. Aufl. Freiburg 1962
Petersen, Albert	Über die Notwendigkeit eines Vertreters des öffentlichen Interesses im Verwaltungsstreitverfahren in: DÖV 1959, S.537 ff zit.: Notwendigkeit eines VöI
Podlech, Adalbert	Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes Berlin 1971
Prandl, Josef	Der staatsanwaltschaftliche Dienst in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in: Bay VBl 1955, 73 ff
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie, 4. Aufl. Stuttgart 1950
Redeker, Konrad	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß in: NJW 1966 S.1777 ff
Redeker, Konrad	Der Vertreter des öffentlichen Interesses in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45 Berlin 1970
Redeker, Konrad / v.Oertzen, Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 4. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971
Rinck, Hans Justus	Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache in: JZ 1963, S.521 ff
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 5. Aufl. München 1965
Rüfner, Wolfgang	Zur Bedeutung und zur Tragweite des Artikels 19 Abs.3 des Grundgesetzes in: AöR Bd.89 (1964), S.261 ff
Rumelin, Max	Die Gleichheit vor dem Gesetz Tübingen 1928

Rupp, Hans-Heinrich	Popularklage im Umweltschutzrecht in: ZRP 1972,32 ff
Rupp, Hans-Heinrich	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme AöR Bd.85 (1960), S.302 ff
Sauer, Wilhelm	Juristische Methodenlehre Stuttgart 1940
Scheuner,Ulrich	Der Gleichheitsgedanke in der völkischen Verfassungsordnung in: Zges StW 99,245 ff
Scheuner, Ulrich	Die Rechtsprechung des Bundesver- fassungsgerichts und das Verfassungs- recht der Bundesrepublik in: DVBl. 1952,613
Schmidt-Bleibtreu/ Klein	Die Grundrechte Neuwied und Berlin 1970
Schmidt, Reiner	Natur der Sache und Gleichheitssatz in: JZ 1967, S.402-404
Schmitt,Carl	Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus 2. Aufl. Berlin 1926
Schmitt, Carl	Verfassungslehre München und Leipzig 1928 (unveränderte Nachdrucke 1954 und 1958)
Scholler, Heinrich	Die Interpretation des Gleichheits- satzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit Berlin 1969 zit.: Willkürverbot oder Chancengleich- heit
Schröder, Hans	Grundsätze des Verwaltungsprozesses in: JuS 1961, 48 ff
Schröder, Heinz	Der Rechtsbegriff der Gleichheit Diss.jur. Münster 1961
Schulz-Hardt, Hubertus Joachim	Der allgemeine Vertreter des öffentli- chen Interesses in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit Diss. jur. Kiel, München 1968 zit.: Der allg. VöI

Schulz-Hardt, Hubertus Joachim	Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Vertreters des öffentlichen Interesses in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit in:DVBl. 1973, S.55 ff zit.: Notwendigkeit eines VöI
Schunck/De Clerck	Allgemeines Staatsrecht des Bundes und der Länder 4. Aufl. Siegburg 1972
Sellmann, Martin	Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbarklage im Baurecht in: DVBl. 1963, 273 ff zit.: Nachbarklage
Siegmund-Schultze, Gerhard	Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von Verwaltungsakten in: DVBl. 1963, 745 ff
Simitis, Spiros	Grundfragen der Produzentenhaftung Tübingen 1965
Stein, Ekkehart	Lehrbuch des Staatsrechts 2.Aufl. Tübingen 1971
Stern, Klaus	Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung Berlin und Frankfurt 1966 zit.: Gebietskörperschaften
Stier-Somlo, Fritz	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug.1919 3. Aufl. Berlin 1925
Stier-Somlo, Fritz	Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung herausgegeben von Hans Carl Nipperdey Berlin 1929
Thoma, Richard	Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz in: DVBl. 1951, S.457 ff
Tietgen, Walter	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Gutachten in Beziehung auf den Verwaltungsprozeß für den 46. Deutschen Juristentag 1966

Tietgen, Walter	Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18. Apr.1956 in: DVBl. 1956,683 ff zit.: Anm.
Triepel, Heinrich	Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien Ein Rechtsgutachten Berlin und Leipzig 1924
Tschira, Oskar/ Schmitt-Glaeser, Walter	Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts Stuttgart, München, Hannover 1970
Ule, Carl-Hermann	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in: DVBl.1959,537 ff
Ule, Carl-Hermann	Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl. München 1971
Wallerath, Maximilian	Die Selbstbindung der Verwaltung Berlin 1968
Wolff, Hans J.	Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 21. Mai 1951 in: NJW 1951,771 ff zit.: Anm.
Wolff, Hans J.	Über die Gerechtigkeit als principium juris in: Festschrift für Wilhelm Sauer, S.103-120 Berlin 1949
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. München 1971
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht II, 3. Aufl. München 1970
Zacher, Hans F.	Soziale Gleichheit in: AöR Bd.93 (1968), S.341 ff
Zippelius, Reinhold	Wertungsproblem im System der Grundrechte München und Berlin 1962

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
ABl.	= Amtsblatt
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	= Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
Bd.	= Band
Beschl.	= Beschluß
BGH	= Bundesgerichtshof
BSG	= Bundessozialgericht
BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
ders.	= derselbe
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des zuvor genannten Gerichts
Einf.	= Einführung
Erl.	= Erläuterungen
ESVGH	= Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
FN	= Fußnote
GBl.	= Gesetzblatt
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949 (Sartorius 1)
GMBl.	= Gemeinsames Ministerialblatt

GR	= Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Neumann Band/Halbband
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	= Heft
HessVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
iVm	= in Verbindung mit
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907-1938), neue Folge seit 1951
JR	= Juristische Rundschau
JurBl.	= Juristische Blätter
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
MinBl.	= Ministerialblatt
MRVO	= Verordnung der Militärregierung
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NW	= Nordrhein-Westfalen
OBA	= Oberbundesanwalt
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
Rdn.	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
Sp.	= Spalte
st.	= ständig
StB u. StGew	= Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart herausgegeben von Helmut R. Külz und Richard Naumann Band/Seite

Urt.	= Urteil
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VersR	= Versicherungsrecht
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VG	= Verwaltungsgericht
VGG	= Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VöI	= Vertreter des öffentlichen Interesses
VVDStRL	= Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Januar 1960 (Sartorius 600)
WP	= Wahlperiode
WRV	= Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) v. 19. Januar 1919 (Sartorius 5)
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

EINLEITUNG: Die Problemstellung

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich lange Zeit einen gleichberechtigten Platz neben den anderen Zweigen der Gerichtsbarkeit erkämpfen müssen. Diese Entwicklung, bedingt durch ursprüngliche Hemmungen, den Staat wie jeden Bürger auch der Kontrolle der Gerichte zu unterwerfen, hat aber spätestens mit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) am 1. April 1960 ein Ende gefunden. Heute ist der Verwaltungsprozeß genau wie alle anderen Prozeßarten ein vollwertiges gerichtliches Verfahren [1].

In jedem Verfassungssystem kommt den Gerichten, ihrer Stellung und Aufgabe, eine entscheidende Bedeutung für die Rechte des Bürgers im Staate zu. Deshalb ist im Grundgesetz die Grundstruktur von Verfassung und Verfahren der Gerichte in verschiedenen Bestimmungen (Art.19 Abs.4, 92, 97, 101, 103 GG) teilweise festgelegt. Dem einfachen Gesetzgeber bleibt es nur überlassen, diesen verfassungsrechtlichen Rahmen auszufüllen.Er erfüllt insoweit einen materiellen Verfassungsauftrag [2].

Doch beschränkt sich die Verfassungsbindung des Prozeßrechts nicht auf diese speziell prozessualen Bestimmungen. Als rangniederes Recht muß es ganz allgemein den Anforderungen des Grundgesetzes entsprechen. Dies ist eine Beziehung, der Verfassungsjuristen und Prozessualisten

---

1) vgl. Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S.14

2) Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB u. StGew I S.428; ders.HRR VerwArch Bd.55 (1964), S.284

häufig zu wenig Aufmerksamkeit widmen [1]. Soweit es dennoch Darstellungen zum Verhältnis von Verfassung und Prozeßrecht gibt, wird dem Grundsatz der Waffengleichheit als verfassungsrechtlicher Leitidee für das gerichtliche Verfahren eine hervorragende Bedeutung zugesprochen. Seine Geltung für alle Prozeßarten, also auch für den Verwaltungsprozeß, ist allgemein anerkannt [2].

Übereinstimmung besteht auch noch darin, daß dieser Grundsatz der Waffengleichheit inhaltlich die Gleichstellung aller Beteiligten im Prozeß verlangen soll. Doch gehen im übrigen die Meinungen weit auseinander: Hat die "Gleichheit vor dem Richter" ihre Grundlage in dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art.3 Abs.1 GG [3], oder ergibt sie sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Art.103 Abs.1 GG [4]? Haben ihre Anforderungen überhaupt in der Verfassung positiv Ausdruck gefunden, oder handelt es sich um ungeschriebene Wesensbestandteile des gerichtlichen Verfahrens, die dem Grundgesetzgeber vorgeschwebt und sich in Bestimmungen wie Art.97 und Art.103 GG niedergeschlagen haben [5]?

- - - - -

1) Bettermann, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, JurBl. 1972, S.57

2) vgl. BVerwG, Beschl. vom 20. Jan.1966, DÖV 1966, S.426; Habscheid, Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S.362

3) so etwa Brüggemann, Judex statutor et judex investigator, S.175; Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S.173

4) Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959,542

5) vgl. Müller, Die Gleichwertigkeit der Beteiligten im Finanzgerichtsprozeß, S.1; ähnlich Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S.63

Außerdem gibt es zwar eine große Zahl von Entscheidungen und Stellungnahmen zu Einzelaspekten, es fehlt aber eine umfassende Untersuchung darüber, was unter einer prozessualen Waffengleichheit der Beteiligten eigentlich verstanden werden muß. Beschränkt sie sich auf eine eher formelle Gleichbehandlung der Beteiligten [1], oder verlangt sie materielle (Chancen-) Gleichheit [2]? Wann verstößt eine Bestimmung des Prozeßrechts gegen diesen angeblich verfassungskräftigen Grundsatz der Waffengleichheit?

Die vorliegende Studie stellt sich die Aufgabe, auf diese Fragen für den Verwaltungsprozeß eine Antwort zu finden. Das setzt zunächst voraus, verfassungsrechtliche Grundlage und materiellen Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit zu klären. Diesem Ziel soll der Erste Teil dienen. Im Anschluß daran werden einige Regelungen des Verwaltungsprozesses auf ihre Vereinbarkeit mit den vorher definierten Anforderungen des Grundgesetzes untersucht.

---

1) so Mes, Der Rechtsschutzanspruch, S.73; Eichenberger, aaO

2) in diesem Sinne Brüggemann, aaO S.179; Kopp, aaO S.172

ERSTER TEIL: Grundlage und Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit

A.

Ermittlung einer gemeinsamen verfassungsrechtlichen Grundlage

Mit der Feststellung, das Erfordernis einer (wie auch immer verstandenen) Gleichbehandlung der Prozeßbeteiligten ergebe sich jedenfalls aus dem Grundgesetz - ob nun aus Art.3 Abs.1 GG, Art.103 Abs.1 GG oder aus ungeschriebenen Grundsätzen - kann man sich nicht zufrieden geben. Will man den dem Grundsatz der Waffengleichheit beigelegten Verfassungsrang begründen, muß man schon eine bestimmte Grundlage dafür nachweisen. Nur dann wird man über die umfangreiche Kasuistik hinaus auch allgemein die Anforderungen der Waffengleichheit ermitteln können. Dies aber ist Voraussetzung dafür, hinreichend sichere Maßstäbe für die Prüfung weiterer Regelungen des Prozeßrechts auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung und damit auf ihre Wirksamkeit zu gewinnen. Es fragt sich jedoch, ob für den einheitlichen Begriff der Waffengleichheit für alle Prozeßarten eine übereinstimmende Grundlage in der Verfassung gefunden werden kann.

I. Geltung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes im Prozeßrecht

Wenig Probleme gibt es dann, wenn es um die Verteilung prozessualer Befugnisse zwischen natürlichen Personen geht. So ist zum Beispiel für den Zivilprozeß anerkannt, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der prozessualen

Stellung der Beteiligten an den Grundsatz der Waffengleichheit als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes gebunden ist [1]. Dasselbe gilt für alle anderen Prozeßarten, sobald die Prozeßstellung beteiligter natürlicher Personen verglichen werden soll. Schließlich wird über Art.19 Abs.3 GG jedenfalls auch allen inländischen juristischen Personen des privaten Rechtes die Berufung auf eine Verletzung des Grundrechtes aus Art.3 Abs.1 GG zugestanden.

Wie die Waffengleichheit hier zu verstehen ist, ob sie nur einen Teilaspekt der Gleichheit vor dem Gesetz oder die Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes insgesamt erfaßt, mag zunächst noch offen bleiben. Von Bedeutung ist, daß sich jeder Bürger und jede juristische Person des Privatrechts gegenüber einer (vermeintlichen) Benachteiligung in der prozessualen Stellung auf das Grundrecht aus Art.3 Abs.1 GG berufen kann.

Schwierig wird es bei der Beteiligung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts an einem Verfahren. So richtet sich im Verwaltungsprozeß üblicherweise der Bürger gegen den Staat, seine Einrichtungen oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts oder es klagt ein Hoheitsträger gegen einen anderen. Ob sich in diesem prozessualen Verhältnis die beteiligte öffentlichrechtliche Organisation auf den Gleichheitsgrundsatz berufen, ob also ein allgemeinverbindliches Prinzip der Waffengleichheit auch im Verwaltungsprozeß auf Art.3 Abs.1 GG gestützt werden kann, hängt von der Fähigkeit

---

1) vgl. BVerfG, Beschl. vom 9. Dez. 1965, E 19, S.323 (326 f); BVerfG, Beschl. vom 22. Jan. 1959, E 9, S.124 ff zum Armenrecht; Bruns, Zivilprozeßrecht, S.115; Brüggemann, aaO S.175

juristischer Personen des öffentlichen Rechts ab, Träger von Grundrechten zu sein. Diese Grundrechtsfähigkeit ist aber höchst umstritten.

Ausgangspunkt für jeden Lösungsversuch muß Art.19 Abs.3 GG sein. Danach gelten die Grundrechte "auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind". Damit ist jener Auffassung aus der Zeit der Weimarer Verfassung der Boden entzogen, die nur natürliche Personen als Grundrechtsträger ansah [1]. Vielmehr wird daraus für juristische Personen des privaten Rechts die Anwendbarkeit von Grundrechten gefolgert, soweit diese nicht ausschließlich auf natürliche Personen zugeschnitten sind (z.B. Art.1; 2 Abs.2; 3 Abs.2 und 3; 6 und 16 GG)[2]. Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts wird aber überwiegend bestritten, zumindest soweit sie in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben handeln.

1. Argumentation aus dem "Wesen der Grundrechte"

Das Bundesverfassungsgericht führte dazu in seinem grundlegenden Beschluß vom 2. Mai 1967 aus, diese Unterscheidung zwischen juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts ergebe sich aus dem in Art.19 Abs.3 GG angesprochenen "Wesen der Grundrechte". Diese seien historisch bedingt Freiheitsrechte, dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Individuums gegen den

- - - - -

1) vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S.173; zur Entstehungsgeschichte v. Dömming/Füßlein/Matz, JöR Bd.1 (1951), S.180 ff

2) vgl. BVerfG, Beschl. vom 26. Febr.1954, E 3, S.359 (363); Rüfner, Zur Bedeutung und Tragweite des Art.19 Abs.3 des Grundgesetzes, AöR Bd.89 (1964), S.261 (266)

Staat zu schützen [1]. Der Staat als Verpflichteter könne aber schon begrifflich nicht gleichzeitig Berechtigter aus den Grundrechten sein [2]. Das gelte nicht nur, wenn der Staat als solcher selbst tätig werde, sondern auch dann, wenn selbständige juristische Personen in Ausübung öffentlicher Gewalt handelten. Es gebe zwar eine Fülle unterschiedlicher Organisationsformen, in denen die Staatsgewalt dem Bürger gegenübertreten könne. Für den Bürger als ursprünglichen Inhaber der Grundrechte stelle sich jedoch jede Verwirklichung öffentlicher Aufgaben als Handeln des einheitlichen Staates dar [3].

Innerhalb dieses einheitlichen Staates könne es keine Grundrechte als subjektiv öffentliche Rechte geben. Zwar gebe es Eingriffe eines Hoheitsträgers in den Funktionskreis eines anderen. Dies seien aber ausschließlich Kompetenzkonflikte, die konstruktiv über die Grundsätze des Organisationsprinzips zu lösen seien. Hier könne die Verfassungsbeschwerde als "spezifischer Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat" nicht gegeben sein. Andererseits werden zwei frühere Entscheidungen

- - - - -

1) BVerfG E 21, S.362 (369); zuletzt bestätigt durch BVerfG, Beschl. vom 19.6.1973, NJW 1973, S.1491 (1492); Bachof, Freiheit des Berufs, GR III 1 S.180; Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, GR IV 2, S.779; weiter die umfangreiche Literaturangabe bei Tilman Herzog, Grundrechtssubjektivität, S.50, FN.2

2) vgl. BVerfG E 21 aaO; angelehnt an Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S.108; ähnlich Dürig in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art.19 Abs.3 Rdn.1 ff

3) so schon BVerfG, Beschl. vom 20. Juli 1954, E 4 S.27 (30): "der Staat in seiner Einheit, repräsentiert durch irgendein Organ"

im 6. und 13. Band bestätigt, nach denen sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts in Gerichtsverfahren auf die Rechte aus Art.101 Abs.1 GG und Art.103 Abs.1 GG berufen und gegen eine Verletzung mit der - angeblich dem Bürger vorbehaltenen - Verfassungsbeschwerde vorgehen können [1]. Dabei handele es sich nämlich formell nicht um Grundrechte, wie ihre Stellung außerhalb des Grundrechtsteils der Verfassung erkennen lasse [2]. Zudem enthielten sie keine Individualrechte, sondern "objektive Verfahrensgrundsätze", auf die sich jeder berufen könne, der parteifähig sei [3].

Ausnahmsweise könnten jedoch auch Einrichtungen des Staates Grundrechte geltend machen, wenn sie unmittelbar dem durch das Grundrecht geschützten Lebensbereich zuzuordnen seien [4].

2. Grundrechtssubjektivität aller juristischen Personen

Die Einschränkung der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts bei Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ruht auf angreifbaren Grundlagen.

- - - - - -

1) vgl. BVerfG, Beschl. vom 16. Jan. 1957, E 6, S.45 (49 f); Beschl. vom 3. Okt.1961, E 13, S.132 (139)

2) zweifelnd auch OVG Lüneburg, Beschl. vom 14. Dez. 1961, VerwRspr Bd.14, S.752 ff

3) vgl. BVerfG E 21, S.373; Beschl. vom 8. Nov.1960 E 12, S.6 (8); Beschl. vom 3. Okt.1961, E 13, 132 (140) für die Bundesbahn; v.Olshausen, Die Anwendbarkeit von Grundrechten auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, S.155; Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl 1959, S. 537 (541)

4) vgl. BVerfG, Beschl. vom 16. Jan.1963, E 15, S.256 (262) für Universitäten; Beschl. vom 16. Okt.1968, E 24, S.236 (246) für Kirchen, Religionsgemeinschaften u.ä.

Das beginnt bei der Behauptung, die Grundrechte seien in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Individuums gegen den Staat zu schützen. Deshalb müsse man zwischen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts grundsätzlich unterscheiden. Es fragt sich, ob dies der Absicht des Grundgesetzgebers entspricht, der sich mit Art.19 Abs.3 GG gerade einer individuell-personalistischen Zuordnung der Grundrechte entgegenstellen und auch die juristischen Personen unter ihren Schutz bringen wollte. Der Wortlaut des Art.19 Abs.3 GG macht aber keinen Unterschied zwischen juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts [1]; er wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Während der Grundsatzausschuß eine Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf "inländische Körperschaften und Anstalten" vorgeschlagen hatte, begründete der Allgemeine Redaktionsausschuß die Änderung zur endgültigen Fassung damit, daß jene Formulierung nicht alle juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts umfasse [2], was - wie man ergänzen kann - aber gerade beabsichtigt war.

Diese Absicht des Grundgesetzgebers könnte jedenfalls dann nicht für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts verwirklicht werden, wenn es rechtslogisch ausgeschlossen wäre, daß Hoheitsträger aus Grundrechten gleichzeitig berechtigt und verpflichtet werden [3]. Für eine solche Auffassung lassen sich

- - - - -

1) darauf verweisen z.B. Wernicke, in Bonner Kommentar, Art.19, Erl.II 3 a; v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.19, Anm.VI 2

2) vgl. v.Dömming/Füßlein/Matz, Zur Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR Bd.1 (1951), S.182 f; Stern, Gebietskörperschaften, S.51; Ipsen, Gleichheit, GR II S.136

3) So Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, S.108

keine Argumente aus der konstitutionellen Grundrechtsbindung des Staates entnehmen. Zwar werden durch die Grundrechte nur Hoheitsträger unmittelbar verpflichtet, doch kann man daraus nicht schließen, daß Grundrechte Hoheitsträger ausschließlich verpflichten und nicht auch wechselseitig berechtigen könnten [1]. Das zeigt sich gerade an der Stellung der Universitäten, denen das Bundesverfassungsgericht das Recht zugestanden hat, sich auf Art.5 Abs.3 GG zu berufen. Wie sie sich gegenüber dem Staat auf die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre berufen können, sind sie gleichzeitig verpflichtet, die individuelle Freiheit ihrer Mitglieder zu achten. Die potentielle gegenseitige Berechtigung und Verpflichtung gehört zum System unseres Rechts. Wie jedermann verpflichtet ist, fremdes Eigentum zu achten, kann er als Eigentümer von jedermann Achtung seines Rechts verlangen.

Dies auf die Grundrechte allgemein übertragen zu können setzt allerdings voraus, daß es im Innenverhältnis des Staates zwischen verschiedenen Hoheitsträgern Drittbeziehungen geben kann, in denen Grundrechte geltend gemacht werden könnten. Hiergegen richtet sich die Behauptung von der Identität aller Staatsgewalt. Die Vielzahl juristischer Personen des öffentlichen Rechts und nicht rechtsfähigen Verwaltungseinheiten sind danach lediglich "Organisationsformen" des Staates, vom Bürger her gesehen jeweils nur "eine besondere Erscheinungsform der einheitlichen Staatsgewalt"[2].

- - - - -

1) Bettermann, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969,1321 (1323); ders., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.Mai 1957, JZ 1958, S.164; v.Olshausen, aaO S.77/78

2) vgl. oben S.7

Doch muß man sich fragen, ob es diesen homogenen Staat, die rechtliche Zuordnung allen hoheitlichen Handelns auf "den Staat",überhaupt gibt. Die rechtliche Selbständigkeit von Ländern, Gemeinden und sonstigen öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern hat ihren Ursprung nicht nur in einer beliebig auszuübenden Organisationsgewalt, ihre Funktion beschränkt sich nicht darauf, Sachwalter des Staates zu sein. Vielmehr haben sie viele hoheitliche Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen. Sie sind Träger eigener Rechte und Pflichten sowohl im Verhältnis zum Bürger, wie im Verhältnis zu anderen staatlichen Einheiten. Soweit sie eigene Aufgaben wahrnehmen, haben sie nicht Organfunktion für den Staat, ihre Zuständigkeit ist nicht nur objektivrechtliche Kompetenz, sondern sie handeln im eigenen Rechtskreis, den sie auch gegenüber anderen Hoheitsträgern verteidigen können [1]. Warum sollte ihnen angesichts des Art.19 Abs.3 GG die Berufung auf Grundrechte verwehrt sein?

Dem kann nicht die Möglichkeit der Auflösung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts entgegengehalten werden. Diese Möglichkeit besteht bei allen juristischen Personen, ohne daß daraus Schlüsse für die Rechtsfähigkeit während ihres Bestandes gezogen würden. Eine andere Frage ist allerdings, inwieweit sie sich gegen eine Auflösung oder den Entzug von Zuständigkeiten unter Berufung auf Grundrechte verteidigen können.

- - - - -

1) vgl. Bettermann, JZ 1958, S.164; Tilman Herzog, Grundrechtssubjektivität, S.77; Stern, Gebietskörperschaften, S.51

Die Kompetenzen und die Existenz einer juristischen Person des öffentlichen Rechts sind durch materiellrechtliche Grundrechte nur ausnahmsweise geschützt [1]. Nur in diesen Fällen kann sie sich gegen Eingriffe in ihren Aufgabenbereich wehren [2].

Im übrigen wird man den juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Grundrechtsfähigkeit nicht grundsätzlich absprechen können. Das soll aber nicht heißen, daß sich jeder Hoheitsträger gegenüber jeder Maßnahme eines anderen Hoheitsträgers auf jedes Grundrecht berufen könnte. Vielmehr muß auch hier die Einschränkung des Art.19 Abs.3 GG gelten, der sich ausdrücklich nur auf solche Grundrechte bezieht, die nach ihrem Wesen, das heißt nach ihrem Inhalt, auch juristischen Personen zustehen können [3]. Deren Zahl dürfte bei Hoheitsträgern in besonderem Maße begrenzt sein. Doch würde eine Untersuchung aller Grundrechte den Rahmen dieser Studie sprengen. Bezüglich des Gleichheitsgrundsatzes in Art.3 Abs.1 GG bestehen jedenfalls keine Bedenken. Insofern übereinstimmend geht auch das Bundesverfassungsgericht davon aus, daß die darin zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung zwar nicht als Ausfluß eines Grundrechtes, aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaues Geltung verlangt [4].

- - - - -

1) vgl. dazu oben S.8 FN.4

2) vgl. Bettermann, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, S. 1326

3) vgl. Bettermann, aaO S.1324; Stern, Gebietskörperschaften, S.52; Wernicke, Bonner Kommentar, Art.19, Erl.II 3 b; so auch BVerwG, Urt. vom 10. Juli 1958, NJW 1959, S.590 = DÖV 1959, S.61 f, das bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Art.12 GG auf den Gehalt dieses Grundrechts abstellt

4) BVerfG E 21, S.372

Schließlich setzt die unmittelbare Anwendung von Grundrechten voraus, daß der Grundrechtsträger der öffentlichen Gewalt unterworfen ist. Für Hoheitsträger muß man jedoch unter den möglichen Subjektionsverhältnissen differenzieren. Soweit es Abhängigkeiten im Rahmen der Ämterhierarchie betrifft, wird man mit dem Bundesverfassungsgericht von einer Einheitlichkeit der Hoheitsgewalt in diesem Bereich ausgehen und eine Grundrechtsgeltung bei diesen echten Kompetenzstreitigkeiten ausschließen müssen.

Aber es gibt eben auch andere, als diese organisationsrechtlichen Beziehungen zwischen Hoheitsträgern. Die Polizei kann einen Hoheitsträger als polizeipflichtigen Störer ebenso in Anspruch nehmen, wie jeden Bürger. Die Enteignung zur Landbeschaffung für den Bau einer Autobahn trifft eine Gemeinde in ihrem Eigentum nicht anders als jenen. Wenn aber ein Hoheitsträger der öffentlichen Gewalt genau wie ein Bürger unterworfen ist, dann sollte er insoweit auch den gleichen Schutz der Grundrechte in Anspruch nehmen können [1].

---

1) vgl. Stern aaO S.52; Hans - J.Wolff, Verwaltungsrecht I, § 34 II a S.231, im Anschluß an Bettermann, aaO S.1324; Für die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts weiter VerfGH NW, Urt. vom 10. Jan.1959, OVG E 14, S.372 (374); BVerwG, Urt. vom 10. Juli 1958, DÖV 1959, S.61 (62) = NJW 1959, S.590

3. Anwendbarkeit im Verhältnis zum Gericht

Als deutlichstes Beispiel einer solchen "grundrechtlichen Subjektion" von juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter die öffentliche Gewalt kann gerade die Stellung im Prozeß - sei es Zivilprozeß oder Verwaltungsprozeß - herangezogen werden. Der rechtsprechenden Gewalt sind alle Beteiligten, Bürger oder Hoheitsträger, in gleicher Weise unterworfen. Sie kämpfen vor dem unabhängigen Richter um ihr Recht.

Wegen dieser grundsätzlich gleichen Interessenlage von Bürger und Staat stehen auch den juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Prozeßgrundrechte zu. Dabei soll mit der Bezeichnung als Prozeßgrundrechte nur der besondere formelle Charakter dieser Rechte erfaßt, nicht aber ihre Grundrechtsqualität in Zweifel gezogen werden, wie dies das Bundesverfassungsgericht, teilweise im Widerspruch zu seiner eigenen früheren Rechtsprechung, getan hat [2]. Seine Argumentation aus der Stellung dieser Vorschriften außerhalb des Grundrechtskatalogs der Verfassung wird man als bloß formal zurückweisen müssen [3], zumal für den gewählten Aufbau der enge Zusammenhang mit den anderen Vorschriften des 9. Abschnittes über die Rechtsprechung spricht. Materiell aber ist die Verneinung eines Individualrechts zumindest bei Art.103 Abs.1 GG mit dem

- - - - -

1) so Bettermann, aaO S.1326; vgl. auch Lang, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.52 (1961), S.76

2) vgl. BVerfG, Urt. vom 13. Juni 1952, E 1, S.332 (347); Beschl. vom 18. Sept.1952, E 1, S.418 (429); Beschl. vom 13. Febr.1958, E 7, S.275 (278)

3) vgl. v.Mangoldt/Klein, Das Grundgesetz, Vorbem. B XII 1, S.115; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 14 II 8 b, S.103/4

Wortlaut unvereinbar, wie etwa ein Vergleich mit den ganz ähnlichen Formulierungen bei Art.2, 5 Abs.2 und 17 GG zeigt. Wenn "jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör" zugestanden wird, wie soll man ein Individualrecht deutlicher formulieren [1]?

Genauso muß der allgemeine Gleichheitsgrundsatz auf das Verhältnis der Beteiligten im Verwaltungsprozeß angewandt werden können [2], soweit es nicht um die Kompetenzen oder Existenz einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geht. Damit ist Art.3 Abs.1 GG grundsätzlich in allen Prozeßarten anwendbar und für den Grundsatz der Waffengleichheit eine einheitliche Grundlage gefunden, die über die Minimalforderung des Art.103 Abs.1 GG hinausgeht. Ein Rückgriff auf ungeschriebene Grundsätze der Verfassung ist danach weder erforderlich noch zulässig.

II. Funktionsspektrum des Gleichheitsgrundsatzes

Bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes auf das Prozeßrecht kann man mit Bötticher [3] zwei Fragenkomplexe unterscheiden.

- - - - -

1) Für die Grundrechtsqualität von Art.103 Abs.1 GG vgl. Bettermann, aaO S.1322; Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.103, Anm.A 3; Holtkotten, Bonner Kommentar, Art.103, Erl.II 1 S.4; Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art.103 Rdn 3; unklar Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, § 36 II 2 S.238; ablehnend Arndt, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, S.1298

2) für die Anwendung als "ungeschriebener Verfassungsgrundsatz" auch BVerfG, Beschl. vom 19. Juni 1973, NJW 1973, S.1492. Danach liegt der einzige Unterschied in der Möglichkeit für den Hoheitsträger, bei Verletzung Verfassungsbeschwerde einzulegen

3) vgl. Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S.6/7

Zunächst können die Rechte von an verschiedenen Prozessen Beteiligten aneinander gemessen werden. Die Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes an dieses Verhältnis nennt Bötticher "Gleichheit in der Reihe". Dazu gehört eine möglichst gleichmäßige Rechtsanwendung durch alle Gerichte im Geltungsbereich eines Gesetzes, die unter anderem durch für das gesamte Staatsgebiet zuständige Obergerichte gesichert werden soll. Außerdem zählt dazu die Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte, wenn sie von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes oder eines anderen Oberlandesgerichtes abweichen wollen (§ 121 Abs.2 GVG), sowie die Einrichtung des großen Senates und der Vereinigten Großen Senate beim Bundesgerichtshof (§ 136 GVG) [1]. Schließlich gehört aber zur "Gleichheit in der Reihe" auch die Gewährung von Armenrecht, soweit damit die unterschiedlichen Voraussetzungen von Personen in verschiedenen Prozessen ausgeglichen werden sollen [2].

Daneben stellt sich die Frage nach der prozessualen Stellung einer Partei im Verhältnis zu allen anderen Prozeßbeteiligten. Im Prozeß streiten die Parteien vor dem Richter als unbeteiligtem Dritten um ihr Recht. Sie versuchen mit den ihnen zur Verfügung stehenden prozessualen Mitteln auf die Entscheidung Einfluß zu nehmen, daß die Waage der Justitia sich zu ihren Gunsten neige.

- - - - -

1) vgl. Brüggemann, Judex statutor et judex investigator, S.164 f; ähnlich die Regelung in § 131 Abs.2 VwGO

2) vgl. BVerfG, Beschl. vom 22. Jan. 1959, E 9, S.124 ff; Bötticher, Gleichheit vor dem Richter, S.22

Versteht man diese prozessualen Rechte als Angriffs- und Verteidigungsmittel in dem Rechtsstreit, so stellt sich der anschauliche Begriff der "Waffengleichheit" als Bezeichnung der Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes für die Verteilung prozessualer Befugnisse unter den streitenden Parteien dar. Dabei umfaßt Waffengleichheit allerdings nicht nur das Verhältnis innerhalb eines schon eröffneten Prozesses, sondern bezieht sich auch auf die Möglichkeit, einen Prozeß überhaupt zu führen [1]. Denn dies ist die notwendige Voraussetzung, von Angriffs- und Verteidigungsmitteln Gebrauch machen zu können.

Die Bedeutung der prozessualen Stellung für die Parteien ist offensichtlich, kann von ihr doch der Ausgang des Prozesses und damit die Verwirklichung des materiellen Rechts abhängen. Der Gleichheitsgrundsatz fordert hier gleiche Waffen. Doch wann wird das Prozeßrecht dieser Anforderung gerecht? Hierauf eine Antwort geben zu wollen, setzt voraus, zunächst den materiellen Gehalt des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes zu klären.

---

1) vgl. OVG Saarland, Beschl. vom 8. Okt.1969, Leitsatz in NJW 1970, S.352

B

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz

Die Geschichte des Satzes von der Gleichheit aller Menschen läßt sich zurückverfolgen bis zur griechischen Staatslehre des Plato und Aristoteles [1]. Wenn sich auch an seinem Wortlaut nicht viel geändert hat, die Auffassungen von seinem materiellen Gehalt waren ständiger Wandlung unterworfen. Es kann nicht Aufgabe dieser Studie sein und würde ihren Rahmen sprengen, diese Entwicklung auch nur mit Stichworten umfassend aufzeigen zu wollen. Für das Verständnis des Art.3 Abs.1 GG erscheint es aber förderlich, einen kurzen Abriß jener Zeit zu geben, in der der Gleichheitsgrundsatz politische Wirksamkeit erlangte.

I. Geschichtliche Entwicklung

In einer Gesellschaftsform, die klassenbedingte Vorrechte des Adels bis dahin als selbstverständlich hingenommen hatte, wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts das liberale Bürgertum zum soziologischen Träger des Gleichheitsgedankens in Europa [2]. Seine Bedeutung stieg in dem Maße, wie das Bürgertum an wirtschaftlichem und politischem Einfluß gewann.

1. Von den USA bis zur Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat

Zum ersten Mal wurde der Gleichheitsgrundsatz in die Verfassungen einiger Staaten der USA aufgenommen. So lautet etwa Art.1 der "Constitution of Massachusetts" von 1780:

---

1) vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S.228 mwN

2) vgl. Aldag,Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL H. 3, S.34

"All men are born free an equal" [1]. Diese Ideen des amerikanischen Freiheitskampfes beeinflußten das sich emanzipierende europäische Bürgertum [2]. Sie setzten sich zunächst in den Menschen- und Bürgerrechten der Französischen Revolution von 1789 durch [3]. Dabei stand mit der Forderung nach egalité die Kampfansage an den feudalistischen Ständestaat und seine unterschiedliche Verteilung von Rechten im Mittelpunkt.

Seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts fand der Gleichheitsgrundsatz dann Aufnahme in die Verfassungen der deutschen und europäischen Staaten [4]. Er wurde Bestandteil der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 (§ 137) und der "Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat" vom 31. Januar 1850 (Pr.Verf.) Art.4 S.1 verbürgte darin: "Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich".

Bis zum Ende des Kaiserreichs hat sich das inhaltliche Verständnis des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes überwiegend darauf beschränkt, darin eine Gewährleistung der gleichmäßigen Anwendung der Gesetze auf

---

1) In die Verfassung der USA wurde der Gleichheitsgrundsatz erst 1864 durch das XVI. Amendment aufgenommen, vor allem um die Gleichstellung der farbigen Bürger zu erreichen.

2) Zum Einfluß der amerikanischen Verfassungen auf die Ideen der Französischen Revolution vgl. Aldag, aaO, S. 12 ff; auf Unterschiede verweist Carl Schmitt, aaO S.159

3) vgl. die "Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen" vom 28. Aug.1789 Art.1: "Les hommes naissent et demeurent libres et egaux en droits". Constitution vom 24. Juni 1793: "Tous les hommes sont egaux par la nature et devant la loi".

4) Zur weiteren Ausbreitung auf dem Kontinent vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.14/15

jedermann zu sehen (Rechtsanwendungsgleichheit) [1]. Adressat dieses Satzes waren Rechtsprechung und Verwaltung, die die Gesetze anzuwenden hatten. Dagegen sah man darin keine Verpflichtung, für jedermann gleiche Gesetze zu machen. "Satz 1 des Artikels (4 der Pr.Verf.) spricht nicht davon, was in den Gesetzen stehen und nicht stehen soll, sondern nur davon, daß das Gesetz, einerlei was es enthält und wer der ist, an den es sich richtet, rückhaltlos angewandt werden soll" [2]. Über dieses Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit hinaus sollte Art.4 S.2 Pr.Verf. für den engen Bereich der Klassengesetzgebung die Gleichheit des Gesetzes, den Gedanken der Rechtsgleichheit, enthalten.

2. Meinungen zu Art.109 Abs.1 WRV

In dem überlieferten Sinne wurde der Gleichheitsgrundsatz auch von der Weimarer Nationalversammlung verstanden. Da ihm damit die politische Brisanz fehlte, wurde er ohne weitere Diskussion in die Reichsverfassung übernommen [3]. Der Berichterstatter im Ausschuß konnte sich darauf beschränken, diese Bestimmung wie folgt zu begründen: "Er ist ein alter Satz, den alle früheren Grundrechte enthalten haben" [4]. Auch die Verfassungslehre blieb in den ersten Jahren nahezu einheitlich bei ihrer an den überkommenen Auffassungen ausgerichteten

- - - - -

1) vgl. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, S.107 ff; Arndt, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, S.79

2) Anschütz, aaO S.108/109; Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S.246

3) vgl. v.Hippel, Zur Auslegung des Art.109 Abs.1 der Reichsverfassung, AöR NF Bd.10, S.124

4) Verhandlungen des Reichstages, Bd.336, S.370

Interpretation des Art.109 Abs.1 WRV [1]. Die wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen richteten sich zunächst auf andere Bestimmungen der Verfassung.

Eine abweichende Auffassung zur Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes vertrat wohl als erster Hatschek. Danach handelte es sich bei Art.109 Abs.1 WRV nicht nur um einen "wohlklingenden Ausspruch" von geringem materiellem Gehalt. Vielmehr sollte der Gleichheitsgrundsatz neben dem traditionellen Verbot der "formellen Rechtsungleichheit"bei der Rechtsanwendung auch ein an den Gesetzgeber gerichtetes Verbot "materieller Rechtsungleichheit" enthalten. Der Gesetzgeber war danach verpflichtet, gleiche Gesetze für jedermann zu schaffen [2].

Diese Auffassung von der Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz - zunächst stand mehr die Frage nach dem "Ob" der Bindung, als nach ihrem Inhalt im Vordergrund - wurde von Hatschek nicht näher begründet. In der Folge wurde die Lehre von der materiellen Rechtsgleichheit vor allem von Triepel und Leibholz grundlegend dargestellt und vertieft [3]. Gegen die Anhänger einer historischen Auslegung wurde auf die entscheidende "Änderung der verfassungsrechtlichen Grundlagen", den Übergang vom Kaiserreich zur Republik hingewiesen [4].

- - - - -

1) vgl. v.Freitagh-Loringhoven, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, S.296; Hubrich, Das Demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reiches, S.200; Stier-Somlo, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S.81

2) Hatschek, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd.1 S.196

3) vgl. Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, S. 26 ff; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz

4) Leibholz, aaO S.15; entsprechend Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.9

Im übrigen hatte sich auch das demokratische Selbstverständnis gewandelt. Der Glaube an die Richtigkeit (= Gerechtigkeit) der nach demokratischen Grundsätzen im Parlament mehrheitlich beschlossenen Gesetze war geschwunden [1]. Der als möglich erkannten Gefahr eines Gesetzesabsolutismus sollte als Schranke die Gesetzeskontrolle durch den Richter entgegengesetzt werden. Die Freiheit des Gesetzgebers von jeder rechtlichen Schranke war "in der demokratischen Republik... unmöglich geworden" [2].

Im Wege der Rechtsvergleichung wurde zudem das Verständnis vom Gleichheitsgrundsatz in Staaten vergleichbarer Verfassungsstruktur (USA und Schweiz) zur Auslegung des Art.109 Abs.1 WRV herangezogen. In diesen Staaten aber hatte sich die Überzeugung von der Gebundenheit des Gesetzgebers seit langem durchgesetzt [3].

Die Auseinandersetzungen, bei denen auch die gegensätzlichen Auffassungen von Positivismus und Naturrechtslehre eine wichtige Rolle spielten, dauerten bis zum Ende der Weimarer Republik. Zwar mehrten sich die Vertreter der "neuen Lehre", doch konnte sich keine Meinung endgültig durchsetzen [4]. Die Diskussion um Inhalt und Bindungswirkung des Art.109 Abs.1 WRV wurde abge-

---

1) vgl. Carl Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus; Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S.19

2) Triepel, aaO S.28; dagegen Anschütz, VVDStRL H. 3 S.49; Thoma, VVDStRL H. 3 S.58 (Politisierung der Justiz, Richteraristokratie)

3) vgl. Triepel, aaO S.28/29

4) vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S.50 f mit umfassendem Überblick

brochen, als an die Stelle der Demokratie die Diktatur des Dritten Reichs trat. Rassismus und Führerprinzip traten an die Stelle der "nivellierenden Gleichmacherei" während der Weimarer Rupublik [1].

3. Das Bonner Grundgesetz

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz als allen Menschen zustehendes Grundrecht hat in Art.3 Abs.1 Aufnahme auch in das Bonner Grundgesetz gefunden. Sein Verständnis als Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit ist weiterhin unbestritten [2]. Die in der Weimarer Zeit im Vordergrund stehende Auseinandersetzung um eine Bindung des Gesetzgebers ist durch das Grundgesetz scheinbar beendet worden. Nach Art.1 Abs.3 GG ist die Staatsgewalt in allen ihren Erscheinungsformen - Legislative, Exekutive und Judikative - an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden [3].

Die Hoffnung, damit seien die Meinungsverschiedenheiten um die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes insgesamt beendet, erwies sich bald als trügerisch. Im Vordergrund steht nunmehr die Frage nach dem materiellen Gehalt des Art.3 Abs.1 GG und damit nach dem Umfang der Bindung staatlicher Gewalt über die Rechtsanwendungsgleichheit hinaus. Denn eine Verfassungsnorm enthält nur insoweit die Staatsgewalt aktuell bindendes

---

1) Scheuner, Der Gleichheitsgedanke in der völkischen Verfassungsordnung, ZgesStW 99, S.245 ff; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBl. 1951, S.193 ff

2) vgl. v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.3 Anm.III 1

3) für viele Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.142; Luhmann, Grundrechte als Institution, S.167

Recht, als ihr materieller Gehalt bestimmt genug ist, eine Norm oder sonstige staatliche Maßnahmen niederen Ranges daran zu messen [1]. Eine Prüfung staatlichen Handelns am Gleichheitsgrundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn ein hinreichend konkreter Prüfungsmaßstab gefunden werden kann. Hier reicht die Spanne der - vielfach schon zu Art.109 Abs.1 WRV vertretenen - Meinungen von der Behauptung mangelnder Justitiabilität [2] bis zur gerichtlich überprüfbaren Verpflichtung des Staates, gleiche Chancen für alle zu schaffen [3].

II. Der Begriff der Gleichheit

Wenn Art.3 Abs.1 GG sagt: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich", so bedeutet dies die Verpflichtung für die Staatsgewalt,"Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden" zu behandeln [4]. Die Eingängigkeit dieser oft gebrauchten Formel kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß man ihr eine Entscheidung darüber, welche Menschen oder Sachverhalte gleich zu behandeln sind, nicht entnehmen kann. Denn

- - - - -

1) vgl. Apelt, Die Gleichheit vor dem Gesetz, JZ 1951, S. 354; Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S.8 FN.2; Fuß, Normenkontrolle und Gleichheitssatz, JZ 1962, S.565; Ipsen, Gleichheit, GR II, S.157; Klein, Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, DöV 1964, S.471 ff; Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, 521

2) vgl. Apelt, aaO; Fuß, aaO

3) vgl. Scholler, Willkürverbot oder Chancengleichheit S.14 ff

4) so BVerfG, Urt. vom 17. Dez. 1953, E 3, S.58 (135), st. Rspr.

weiterhin lautet die Frage: Was ist im Sinne des Grundgesetzes gleich?

1. Gleichheit und Unterschiedlichkeit

Zunächst ist davon auszugehen, daß es "absolut gleiche" (= identische) Tatbestände kaum gibt, sie sind jedenfalls nicht Gegenstand der Gleichheitsprüfung. Vielmehr setzt der Begriff der Gleichheit voraus, daß die zu "vergleichenden" Sachverhalte bezüglich einiger Merkmale übereinstimmen, in anderer Beziehung aber unterschiedlich sind [1]:

Dies folgt schon aus der Voraussetzung der Mehrheit der Vergleichsobjekte, Identität aber schließt eine solche Mehrheit aus. Bei Übereinstimmung aller sonstigen Merkmale muß doch mindestens eine zeitliche oder räumliche Verschiedenheit bestehen [2]. Tun aber zwei Menschen zur selben Zeit und am selben Ort dasselbe, so bleibt immer noch die Verschiedenheit der Personen.

Demnach ist der Gleichheitsgrundsatz nur dann sinnvoll anwendbar, wenn er gestattet, anhand bestimmter Entscheidungskriterien eine Auswahl unter den Merkmalen der zum Vergleich gestellten Sachverhalte zu treffen [3]. Da alle Vergleichsgegenstände zumindest hinsichtlich eines Merkmals begriffsnotwendig differieren, würde sonst die Regel, die bei Gleichheit der faktischen Voraussetzungen eine gleiche rechtliche Behandlung gewähr-

---

1) vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 46/47; Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S.53 ff

2) vgl. Böckenförde, aaO S.67

3) vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S.170

leisten soll, geradezu in ihr Gegenteil verkehrt. Der Sinn des Gleichheitsgrundsatzes liegt auch darin, nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten zu unterschiedlicher Behandlung im Recht führen zu lassen [1]. Nur dann ist rechtsetzende Staatstätigkeit durch Erlaß von Gesetzen überhaupt möglich. Denn Gesetze sind nach ihrer Definition allgemeine Regelungen, von denen eine Vielzahl von Personen betroffen werden. Je genereller eine Regelung, desto größer muß das Maß der zulässigen Abstraktion sein [2].

2. Wesentliche Gleichheit

Letztlich hängt also alles davon ab, inwieweit für das Gleichheits- (Ungleichheits-)urteil von vorhandener Ungleichheit (Gleichheit) abstrahiert werden kann oder muß. Dies ist die Frage nach dem "tertium comparationis", dem als Bezugspunkt unverzichtbaren Bestandteil jeden Vergleichs. Man kann zwei Sachverhalte nicht als gleich bezeichnen, ohne zu sagen, in welcher Beziehung sie gleich sind [3]. Gleichheit setzt bei den zu vergleichenden Sachverhalten übereinstimmende Merkmale hinsichtlich dieses "tertium comparationis" voraus. Soweit die Merkmale der Vergleichstatbestände damit nicht übereinstimmen, sind sie (für diesen Vergleich) unwesentlich und bleiben bei der Beurteilung außer Betracht. Soweit sie aber übereinstimmen, sind sie wesentlich und begründen das Gleichheitsurteil. In diesem Sinne enthält Art.3 Abs.1 GG die

- - - - -

1) vgl. BVerfG, Urt. vom 18. Dez. 1953, E 3, S.22 (240)

2) vgl. BVerfG, Beschl. vom 16. März 1971, DÖV 1971, S. 454 (455)

3) Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR 77 (1951) S.167 (173); Dürig, Gleichheit, in Staatslexikon Sp. 983

Verpflichtung, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln [1]. Welche Merkmale jedoch so wesentlich sind, daß ihre Nichtbeachtung zu einem Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG führen könnte, sagt auch diese Formulierung nicht. Sie dient lediglich einer Konkretisierung der Fragestellung [2].

Das Gleichheitsurteil ist danach zunächst wertneutral und beliebig anwendbar [3]. Es sagt nicht mehr, als daß bestimmte Sachverhalte bezüglich bestimmter Merkmale übereinstimmen. Damit verlagert sich die Problematik des Art.3 Abs.1 GG vom Gleichheitsurteil auf die Feststellung zulässiger Entscheidungskriterien (Relevanzgründe) [4]. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt demnach vor, wenn zur Begründung von Gleichheit oder Ungleichheit an Merkmale angeknüpft ist, die für diese Regelung nicht wesentlich sind, bzw. sein dürfen.

---

1) vgl. BVerfG, Urteil vom 16. Mai 1955, E 4, S.144 (155); Aldag, zu Art. 109 Abs.1 WRV, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.5; Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S.172; anders Luhmann, Grundrechte als Institution, S.171; Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 59

2) vgl. Triepel, aaO S.29; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.229; Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S.31

3) Luhmann, aaO S.169

4) Luhmann, aaO S.169/170; Podlech, aaO S.85

III. Materieller Gehalt des Art.3 Abs.1 GG

Ein möglicher materieller Gehalt des Gleichheitsgrundsatzes müßte also in einem Maßstab bestehen, an dem die Bedeutung von Sachverhaltsmerkmalen im Rahmen eines Vergleichs der von einer Regelung betroffenen Sachverhalte gemessen werden kann. Diesen Maßstab aufzufinden, ist Aufgabe einer Interpretation des Art.3 Abs.1 GG. Als maßgeblicher Gesetzesinhalt und damit als Auslegungsziel gilt heute überwiegend der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers [1]. Als Auslegungsmittel sollen Wortlaut, System, Zweck und - unterstützend - Entstehungsgeschichte der auszulegenden Norm herangezogen werden [2].

Anhand dieser auf alle Gesetze anwendbaren allgemeinen Auslegungskriterien erschließt sich jedoch kein materieller Gehalt des Art.3 Abs.1 GG. Dafür spricht schon die Tatsache, daß der Gleichheitsgrundsatz im Laufe der letzten zweihundert Jahre bei weitgehend unverändertem Wortlaut so unterschiedliche Auslegungen erfahren hat. Mit den üblichen Auslegungskriterien könnte jede - oder keine - der zum Gleichheitsgrundsatz vertretenen Auffassungen begründet werden [3].

Daraus könnte man zunächst den Schluß ziehen, daß Art.3 Abs.1 GG überhaupt keinen materiellen Gehalt

---

1) dazu Radbruch, Rechtsphilosophie, S.210 ff; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.296 ff; BVerfG, Beschl. vom 17. Juni 1960, E 11, S.126 (130): objektive Auslegungsmethode

2) vgl. Achterberg, Bundeszuständigkeiten, S.67; Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S.39; Larenz, aaO; abweichend Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.22 ff

3) Zur Unklarheit von Wortlaut, System und Entstehungsgeschichte vgl. Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S.34 ff; Podlech, aaO S.28

hat, vielmehr nur eine "Argumentationslastregel" [1] oder ein bestimmtes Schema für die Frage nach einem zureichenden Grund der Ungleichbehandlung enthalte [2]. Möglicherweise aber lassen sich Wertmaßstäbe finden, die - zunächst nicht unmittelbar Bestandteil des Art.3 Abs.1 GG - auch bei der Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes zu beachten sind und diesem einen materiellen Gehalt für die Gleichheitsprüfung geben [3].

1. Bindung des Gesetzgebers an die Idee der Gerechtigkeit

Als hervorragender Vertreter einer Richtung, die den Versuch macht, "sich über die Voraussetzungen der Inhaltsbestimmung des Gleichheitsgebotes, seiner Bedeutung und Funktion klarzuwerden" soll hier Konrad Hesse herangezogen werde [4]. Nach seiner Ansicht ist Gleichheit im materiellen Sinne nicht objektive Gleichheit. Die obersten Gesichtspunkte des Gleichheitsurteils liegen für ihn "über der Erfahrung", sie sind "eine Frage des geistigen Standpunktes" und beruhen "auf nicht mehr reduzierbaren Voraussetzungen unseres Denkens". Die Entscheidung über Gleichheit und Ungleichheit ist danach letztlich "eine Frage der persönlichen Entscheidung, die ... nur aus dem Zusammenhang einer über das

- - - - -

1) Podlech, aaO S.87

2) Luhmann, aaO S.169

3) Wenn Podlech solche Entscheidungskriterien nicht zur Auslegung des Art.3 Abs.1 GG heranzieht, sondern sie als Ergebnis der durch die Argumentationslastregel gebotenen Überlegungen begreift, hat das, bei gleicher Bewertung möglicher Maßstäbe, auf das Ergebnis keinen Einfluß.

4) vgl. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd.77 (1951/52), S.167 (169)

wesentliche Kriterium entscheidenden Idee beantwortet werden kann [1]. Diese Idee aber sieht Hesse beim Gleichheitsgrundsatz im Streben nach Gerechtigkeit [2]. Ähnliche Auffassungen werden von Böckenförde und Schröder vertreten, die den Gleichheitsgrundsatz als partielle Konkretisierung der Gerechtigkeit, bzw. die Teilprinzipien der Gerechtigkeit als Bedingung der Gleichheit ansehen [3].

Aber sie alle bieten keine hinreichende Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes im Sinne der Anforderungen der Gerechtigkeit. Diese sind nach Hesse historisch bedingt und deswegen wandelbar. Zudem seien je nach den Auffassungen von den maßgeblichen Kriterien unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten. Hesse beschränkt sich deshalb darauf, "den Versuch einer materiellen Werttypik der für das Recht wesentlichen Gleichheitsanschauungen zu unternehmen" [4]. Diese werden durch soziale, politische und ethische Gesichtspunkte bestimmt.

Nach Schröder ist als Anforderung der Gerechtigkeit die Durchsetzung der objektiv höherwertigen kollidierenden Interessen anzusehen [5]. Böckenförde unterscheidet

---

1) Hesse aaO S.177

2) Hesse, aaO S.205, 214; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts, S.176 f; ähnlich schon Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL H. 3 S.2 (10); vgl. auch Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 72; Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S.30/31

3) Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz, S.71 ff; Schröder, Der Rechtsbegriff der Gleichheit, S.241 ff

4) Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR Bd.77 (1951/52), S.178 ff

5) Schröder, aaO S.110 f; Hans-J.Wolff, Über die Gerechtigkeit als principium iuris, S.112

bei der Gleichheitsprüfung nach Zweck und Durchführung der Regelung. Der Zweck müsse am Maßstab der auf das Allgemeinwohl zielenden legalen Gerechtigkeit, die Durchführung an der auf das Einzelwohl ausgerichteten austeilenden Gerechtigkeit gemessen werden [1].

Da auch unter Anwendung dieser Kriterien die Entscheidung subjektiv bleiben wird und ein gewisser Spielraum für die Auslegung gegeben ist, empfiehlt Hesse, ähnlich Böckenförde und Schröder, der Rechtsprechung eine "angemessene, verständnis- und taktvolle Handhabung der Nachprüfung" [2]

Aber selbst mit dieser Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechts kann nicht übersehen werden, daß jene Auffassung, die die Anforderungen der Gerechtigkeit oder deren Teilprinzipien zum Maßstab der Gleichheitsprüfung machen will, gerade diese Anforderungen nicht hinreichend konkretisieren kann. Zwar gehört zum Begriff des Rechts notwendig die Bindung an die Gerechtigkeit [3] und das Gleichbehandlungsgebot ist ein elementarer Grundsatz dieser Gerechtigkeit [4]. Doch gibt es keine materiale Definition von Gerechtigkeit und Recht läßt sich nicht erschöpfend aus der Gerechtigkeit

- - - - -

1) Böckenförde, aaO

2) Hesse, aaO S.224; Böckenförde, aaO S.83; Schröder aaO S.258

3) vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.174; Sauer, Juristische Methodenlehre, S.300; Radbruch, Rechtsphilosophie, S.353; "Man kann Recht gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen"

4) vgl. Podlech, aaO S.82/83, der auf den Zirkelschluß hinweist, wenn Gerechtigkeit mit Hilfe der Gleichheit und Gleichheit mit Hilfe der Gerechtigkeit definiert werden soll

konstruieren [1]. Jede Regelung kann deshalb nur ein Versuch sein, den Anforderungen der Gerechtigkeit zu genügen [2].

Ein Urteil über das Maß der Verwirklichung aber muß - wie Hesse zugesteht - notwendig subjektiv sein. Will man den Vorwurf der Richteraristokratie vermeiden, kann man es nicht der rechtsprechenden Gewalt zugestehen, Maßnahmen von Legislative und Exekutive an solchen subjektiven Maßstäben zu messen. Einen als Gerechtigkeitsbindung verstandenen Gleichheitsgrundsatz träfe der Vorwurf mangelnder Justitiabilität zu Recht [3]. Der Maßstab der Gerechtigkeit - selbst nicht hinreichend konkretisiert - ist nicht geeignet, dem Gleichheitsgrundsatz einen konkreten materiellen Gehalt zu geben.

2. Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache

Das Bundesverfassungsgericht schloß sich zunächst mit der überwiegenden Meinung in der Literatur bei der Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes der von Triepel und Leibholz zu Art.109 Abs.1 WRV begründeten Lehre an. Der Gleichheitsgrundsatz beinhaltet danach

- - - - -

1) vgl. Radbruch, aaO S.126; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.73; Luhmann, Grundrechte als Institution, S.180; Ipsen, Gleichheit, GR II, S.152; Zacher, Soziale Gerechtigkeit, AöR Bd.93 (1968), S.345, 355

2) vgl. Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DöV 1955, S.592

3) so etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S.467, Apelt, Die Gleichheit vor dem Gesetz, JZ 1951, S.359; Ipsen, aaO S.166; Fuß, Normenkontrolle und Gleichheitssatz, JZ 1962, 565; Franz Klein, Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1964, S.476; Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S.166

neben dem Gebot der gleichen Rechtsanwendung ein Verbot willkürlicher Regelungen [1].

Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 1951 soll eine willkürliche Regelung und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dann vorliegen, "wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt" [2]. Inhaltlich übereinstimmend, allerdings in der Formulierung teilweise abweichend, sind in der Folge zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art.3 Abs.1 GG ergangen [3].

Dabei fällt auf, daß der "schillernde Begriff" [4] der Natur der Sache für sich genommen ohne materiellen Gehalt ist [5]. Ebensowenig kann man allein der Formu-

- - - - -

1) vgl. BVerfG, Urt. vom 23. Okt.1951, E 1, S.14 (52); Beschl. vom 7. Mai 1968, E 23, 258 (263); Beschl. vom 9. Juli, 1969, E 26, S.302 (310); Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S.171; Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.3 Anm.A 3; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.177, sieht in der Willkür die Grenze des richterlichen Prüfungsrechts; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 16 I 1 S.130; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.131; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.87; Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, S.30

2) vgl. BVerfG E 1, S.52

3) dazu die umfassende Rechtsprechungsübersicht bei Leibholz/Rinck, Grundgesetz für die BRD, Art.3 Anm.I A 2

4) vgl. Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S.521

5) Zur Kritik des Begriffs "Natur der Sache" vgl. Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache", S.127 f; Leisner, Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung, JZ 1964,201 (205)

lierung von den "sachlich einleuchtenden (sachgerechten) Gründen" für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung materielle Schranken für staatliches Handeln entnehmen. Denn eine der Natur der Sache entsprechende Regelung verlangt zunächst nur, daß innerhalb des gleichen Ordnungssystems eine systemgerechte Einzelausgestaltung unter Berücksichtigung der dieses prägenden spezifischen Wertaspekte zu erfolgen habe [1]. Wer sich auf die "Natur der Sache" beruft, setzt sich zudem häufig dem Verdacht aus, eine Rationalisierung seiner Auffassung verhindern zu wollen.

Die entscheidende und logisch vorrangige Frage ist jedoch, wieweit eine Bindung des Gesetzgebers bei der Festsetzung oder Änderung dieser Wertaspekte besteht [2]. Denn wo eine solche Bindung nicht gegeben ist, wird man es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehren können, ein von ihm für ein bestimmtes Sachgebiet selbst gesetztes System zu durchbrechen oder abzuändern, solange er nicht mit Werten in Konflikt gerät, die über diesem System stehen [3]. In diese Richtung einer Suche nach übergeordneten Wertmaßstäben gehen auch jene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es auf verschiedene Verfassungsbestimmungen, wie Art.6 Abs.5 oder Art.21 Abs.1 GG und die Prinzipien demokratischer Ordnung

---

1) so Rinck, aaO S.522

2) vgl. Rüfner, Zur Bedeutung und zur Tragweite des Art.19 Abs.3 des Grundgesetzes, AöR Bd. 89 (1964), S. 261 ff; Reiner Schmidt, Natur der Sache und Gleichheitssatz, JZ 1962, S.402 (404); Zacher, Soziale Gerechtigkeit, AöR Bd.93 (1968), S.352

3) In diesem Sinne auch BVerfG, Urt. vom 27. Jan.1965, E 18, S.315 (334); Urteil vom 7. Mai 1969, E 25, S. 371 (401/2)

oder auch auf die Idee der Gerechtigkeit zurückgreift [1].

Eine Tendenz zur Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes als bestimmt geartetes Prüfungsschema könnte sich in dem Beschluß vom 16. März 1971 andeuten [2]. Dort verwendet das Bundesverfassungsgericht den Gleichheitsgrundsatz bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art.12 Abs.1 GG. Ob dies der Absicht des Gerichts entspricht, ist jedoch nicht eindeutig. Jedenfalls erfolgt in jener Entscheidung, auf die das Gericht verweist, eine selbständige Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz [3].

3. Wertmaßstäbe allein aus der Verfassung

Als Wertmaßstäbe, die über der Einzelnormierung stehen und zur Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes dienen können, kommen letztlich nur Verfassungssätze in Betracht, vor allem die speziellen Gleichheitssätze (Art.3 Abs.2 und 3, Art.33 Abs.1 bis 3 GG) und jene Bestimmungen, in denen grundsätzliche Wertentscheidungen des Verfassungsgebers für ein bestimmtes Sachgebiet enthalten sind [4].

- - - - -

1) vgl. BVerfG, Urt. vom 17.Dez.1953, E 3, S.162 (182); Urt. vom 20. Dez. 1966, E 21, S.12 (26 f); Beschl. vom 23. März 1971, NJW 1971, S.1508

2) vgl. BVerfG E 30, S.292 ff

3) vgl. BVerfG, Beschl. vom 25. Febr.1969, E 25, S. 236 (251)

4) ebenso VGH Bremen, Urt. vom 13. Juli 1954, bei Giese/Schunck/Winkler, Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik Bd.2 Nr.54 zu Art.3 Abs.1 GG; die Anwendbarkeit von Verfassungsnormen zur Konkretisierung ist überwiegend anerkannt, vgl. Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.3 Anm.B 4 a; Zacher aaO S. 356 u.a.
Podlech, aaO S.102 und Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.27 wollen andere Verfassungsbestimmungen im Wege einer "topischen" Argumentation heranziehen

Dafür sprechen Wesen und Rang des Verfassungsrechts. Eine Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes anhand rangniederer Normen (Systematik einer Regelung)ist unzulässig. Andererseits enthält das Grundgesetz zu Verfassungsrang erhobene allgemeine Rechtsgrundsätze, die verbindliche Wertungsmaßstäbe für die Auslegung der gesamten Rechtsordnung einschließlich der anderen Artikel des Grundgesetzes darstellen [1].

Deshalb kann keine Verfassungsbestimmung isoliert für sich betrachtet, vielmehr müssen diese grundsätzlichen Wertentscheidungen zur Auslegung herangezogen werden [2]. Für den Gleichheitsgrundsatz bedeutet das, daß zur Feststellung von Gleichheit und Ungleichheit keine Merkmale und Entscheidungskriterien dienen dürfen, die den grundsätzlichen Wertentscheidungen des Verfassungsgebers widersprechen.

Nur im Rahmen dieser Wertentscheidungen lassen sich die für unsere Staatsordnung verbindlichen allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen ermitteln [3]. Wenn aber ein Gericht anhand des so konkretisierten Gleichheitsgrundsatzes Gesetze auf ihre Wirksamkeit überprüft,

- - - - -

1) vgl. Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Einführung S.122; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.127, 141; auch Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.98, spricht von einer "Determinierung des Gleichheitssatzes durch die Verfassung"; a.A. Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, S.39; ders., Die Bindung an Gesetz und Recht, DÖV 1959, S.41 ff, dazu Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art. 3 Rdn 73

2) vgl. Hamann, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz, NJW 1957, S. 2 (3); Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl 1959, S.537

3) vgl. Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S.521 (525)

setzt es nicht eigene subjektive Erwägungen an die Stelle politischer Entscheidungen. Diese Prüfung entspricht vielmehr der in Art.1 Abs.3 GG enthaltenen Verfassungsbindung auch des Gesetzgebers.

Andererseits ist das Grundgesetz in weiten Teilen offen und hat sich einer Entscheidung für oder gegen bestimmte Ziele enthalten [1]. Für diese Bereiche läßt sich ein konkreter materieller Gehalt des Gleichheitsgrundsatzes nicht ermitteln. Hier kann der demokratisch legitimierte Gesetzgeber aufgrund seiner politischen Gestaltungsfreiheit selbständig den Gesetzeszweck bestimmen und Unterscheidungskriterien wählen, ohne mit Art.3 Abs.1 GG in Konflikt zu geraten [2]. Entsprechend kann die Verwaltung im Rahmen der Gesetze selbständig Zielvorstellungen entwickeln und Maßnahmen zur Verwirklichung ergreifen. Eine darüber hinausgehende Ermessensfreiheit des Gesetzgebers bei der Auswahl der Entscheidungskriterien erscheint demgegenüber weder vom Prinzip der Gewaltenteilung geboten, noch mit dem System einer Verfassungsbindung von Legislative und Exekutive vereinbar [3].

Soweit eine Auslegung des Art.3 Abs.1 GG anhand dieser in der Verfassung enthaltenen Wertmaßstäbe dem Gleich-

---

1) vgl. BVerfG, Beschl. vom 1. Juli 1954, E 4, S.1 (7); Urt. vom 11. Juni 1958, E 7, S.377 (400)

2) vgl. BVerfG, Urt. vom 7. Mai 1969, E 25, 371 (400); Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.132; Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S.109

3) so auch Hamann,Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz, NJW 1957, S. 2 ff; aber auch Franz Klein, Zum Begriff und zur Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, DÖV 1964, S.471 (475)

heitsgrundsatz einen materiellen Gehalt verleiht, kann dem Gesetzgeber kein Freiraum für politische Ermessensentscheidungen zustehen, hier ist die richterliche Kontrolle uneingeschränkt. Ansonsten fehlt dem Richter der Maßstab für die Gleichheitsprüfung, so daß er keinen Verstoß feststellen kann.

4. Wandelbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes

Sieht man eine Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes somit an die in anderen Verfassungsbestimmungen niedergelegten grundsätzlichen Wertentscheidungen des Verfassungsgebers gebunden, ist das Fehlen einer einheitlichen materialen Definition [1] die unvermeidliche Folge.Denn bei der Regelung aller in Betracht kommender Sachgebiete werden unterschiedliche Wertentscheidungen berührt, etwa für den Bereich des Ehe- und Familienrechts Art.6 und für das Parteirecht Art. 21 GG. Ihre Berücksichtigung im Rahmen der Gleichheitsprüfung verlangt eine gesonderte Auslegung und Konkretisierung des Art.3 Abs.1 GG für jedes Sachgebiet.

Daraus folgt aber weiterhin, daß der Gehalt des Gleichheitsgrundsatzes wandelbar ist in dem Maße, wie sich die jeweils zur Konkretisierung herangezogenen Grundgesetzbestimmungen und das Verständnis von ihnen ändern [2]. So mag heute (immer noch) gelten, was Leibholz schon

---

1) vgl. Geiger, Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, S.176; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.72; Leibholz/Rinck, Grundgesetz für die BRD, Art.3, Anm.5; Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, S.48

2) dazu Ipsen, Gleichheit, GR II S.164; Dürig, Gleichheit, Staatslexikon Sp. 984

1929 schrieb! "Die Aufgabe der Wissenschaft wird es daher in Zukunft auch nicht mehr sein, über Inhalt und Tragweite des Art.109 Abs.1 WRV zu debattieren, sondern die in dem Gleichheitssatz enthaltenen und ihm eingeordneten allgemeinen Grundsätze zu formulieren und so der Praxis noch konkreter faßbare Maßstäbe zu liefern" [1].

---

1) vgl. Leibholz, Auslegung des Art.109 Abs.1 WRV, AöR NF Bd.12 (1927), S.32

C.

Der Grundsatz der Waffengleichheit

Nachdem es also eine einheitliche materiale Definition des Gleichheitsgrundsatzes nicht geben kann, muß es nun gelten, den von Leibholz erwähnten konkreten Maßstab der Gleichheitsprüfung für den vom Begriff der Waffengleichheit erfaßten Bereich des Prozeßrechts zu suchen. Ob es dabei erforderlich ist, sich auf das Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts zu beschränken, wird sich im Verlaufe der Untersuchung erweisen.

Zunächst geht es darum, in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes enthaltene verfassungsgestaltende Wertentscheidungen aufzufinden, die durch eine Verteilung prozessualer Befugnisse im Verhältnis der an einem (Verwaltungs-) Prozeß Beteiligten berührt werden können. Bei der Darstellung dieser obersten Wertmaßstäbe soll nicht weiter gegangen werden, als es die Aufgabe dieser Untersuchung verlangt. Am Ende steht der Versuch einer Definition des Grundsatzes der Waffengleichheit als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes unter Berücksichtigung der vorher als einschlägig ermittelten übergreifenden Verfassungsbestimmungen.

I. Das Sozialstaatsprinzip

Das Verständnis des Art.3 Abs.1 GG könnte durch das Sozialstaatsprinzip beeinflußt werden. Es gilt als eine jener verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, die bei der Auslegung anderer Bestimmungen des

Grundgesetzes und nachrangiger Normen beachtet werden müssen [1]. Besonders groß aber soll seine Bedeutung für die Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes sein [2].

Das Grundgesetz enthält allerdings keine spezielle Bestimmung, in der das Sozialstaatsprinzip ausdrücklich geregelt wäre. Doch ergibt sich aus dem Zusammenhang der Art.20 Abs.1 und 28 Abs.1 GG das Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat [3]. Besteht hierin noch weitgehende Einigkeit, so ist die unzulängliche Regelung des Sozialstaatsprinzips im Grundgesetz der Anlaß für Meinungsverschiedenheiten über Inhalt, Rang und Bindungswirkung. Es werden dazu zwischen den zwei Extremen, der nur programmatischen Forderung einerseits [4] und dem unmittelbar verbindlichen aktuellen Rechtssatz und materiellen Leitsatz unserer Verfassung andererseits [5], die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten.

- - - - -

1) vgl. BVerfG, Beschl. vom 19. Dez. 1951, E 1, S.97 (105); Beschl. vom 12. Nov. 1958, E 8, S.274 (329); Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL H.12 (1954), S.37 (41/42);v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.20, Anm.VII 2 b; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.74

2) vgl. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, S.124; Ipsen, Gleichheit, GR II, S.175; Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, S. 223

3) so etwa Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Einf. S.64 f; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.193

4) Wernicke, Bonner Kommentar, Art.20 Anm. II 1 d

5) Hamann/Lenz, aaO; Peters, Sozialstaat, Staatslexikon Bd. 7, Sp. 394

1. Materieller Gehalt

Wenn der Verfassungsgeber im Grundgesetz das Bild der Bundesrepublik als Sozialstaat zeichnete, so sollte das nicht Beschreibung eines Zustandes, sondern Aufgabe an die Zukunft sein [1]. Art.20 Abs.1 und Art.28 Abs.1 GG enthalten für den Gesetzgeber, für Verwaltung und Gerichte, die Verpflichtung zur sozialen Gestaltung des Staates.

Sie sollen die widerstreitenden Interessen in der Gesellschaft ausgleichen, allen erträgliche Lebensverhältnisse sichern, vor allem die wirtschaftlich Schwachen schützen und "Jedem das Seine" geben [2]. Darin liegt die Verpflichtung zu sozialem Fortschritt und zur Schaffung einer gerechten Gesellschaftsordnung [3]. Doch wie man die Anforderungen der Gerechtigkeit nicht allgemeingültig definieren kann, so gibt es auch keinen verbindlichen Maßstab für das, was zur Verwirklichung des Sozialstaates erforderlich ist. Deshalb hat hier der Gesetzgeber ein weites Gebiet der Gestaltungsmöglichkeit, eine Gesellschaftsordnung zu schaffen, die nach seiner politischen Entscheidung den Anforderungen des Sozial-

- - - - -

1) vgl. Hamann/Lenz, aaO S.65; v.Mangoldt/Klein, aaO; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.86

2) vgl. BVerfG, Beschl. vom 19. Dez. 1951, E 1, S.97 (105); Hamann/Lenz, aaO S.67; v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.20, Anm.VII 3

3) vgl. BVerfG, Urt. vom 17. Aug.1956, E 5, S.85 (198); Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, S. 223; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates, S.28 f; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S.74

staates entspricht [1]. Diese Entscheidungen sind mangels eines konkreten Maßstabes grundsätzlich nicht durch die Gerichte überprüfbar.

In diesem weiten Rahmen des Sozialstaatsprinzips, in dem sich das Grundgesetz einer Stellungnahme für oder gegen bestimmte Sozial- und Wirtschaftssysteme enthalten hat, gibt es einen Kernbereich, der für jedermann, auch den Gesetzgeber, unverletztliche Rechte des Bürgers enthält. Dieser Kernbereich wird jedenfalls dann berührt, wenn der Bürger durch soziale Bedingungen in seinem Recht auf Achtung der Menschenwürde (Art.1 Abs.1 GG) betroffen wird [2]. Dazu gehört einerseits die Sicherung der für ein menschenwürdiges Leben notwendigen materiellen Voraussetzungen (Daseinsfürsorge). Dazu gehört aber auch, daß der Mensch als Mitglied der staatlichen Gemeinschaft als Subjekt und nicht als Objekt der Staatsgewalt oder Dritter angesehen werden darf [3]. Wenn eine Benachteiligung aufgrund sozialer Unterschiede diesen Kernbereich berührt, ist der Staat gebunden, diese Benachteiligung wenigstens soweit auszugleichen, als sie die Freiheit des sozial Schwächeren auf Kosten dieses Kernbereichs beschränkt. Sonst droht eine "Perversion der Freiheitsrechte durch Vernachlässigung der sozialen Machtverhältnisse zu Sicherungen

---

1) vgl. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, S. 140 ff; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL H. 12 (1954), S.43; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.81; Maunz, aaO S.76; Leibholz, aaO; Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S. 207

2) vgl. Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.194

3) So BVerwG, Urt. vom 24. Juni 1954, E 1, S.159 (161)

der Unfreiheit" [1].

2. Beziehung zum Grundsatz der Waffengleichheit

Wo das Sozialstaatsprinzip lediglich eine Verpflichtung zur sozialen Gestaltung ohne konkretisierbaren Entscheidungsmaßstab enthält, kann es für den Gleichheitsgrundsatz nicht Maßstab zur Prüfung von Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Vergleichskriterien sein. Damit ist jener Auffassung der Boden entzogen, die unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips im Gleichheitsgrundsatz die Gewährleistung von allgemeiner Chancengleichheit sehen will [2]. Dafür ist vielmehr eine Begründung im Einzelfall erforderlich. Zwar mag auf manchen Gebieten darüber hinaus die Tendenz zu einer solchen Gewährleistung gleicher Chancen tatsächlich bestehen [3]. Doch das ist entsprechend der Verpflichtung zur sozialen Gestaltung eine Frage der politischen Entscheidung des Parlaments. Anhand des so wenig konkretisierten Sozialstaatsprinzips läßt sie sich nicht gerichtlich erzwingen.

Aber die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens kann das Sozialstaatsprinzip im Kernbereich berühren.

- - - - -

1) Stein, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.195

2) so aber Scholler, Willkürverbot oder Chancengleichheit, passim; dagegen BVerfG, Beschl. vom 7. Juli 1955, E 4, S.193 (203); Beschl. vom 7. Apr. 1964, E 17, S.306 (311); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.87; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates, S.24 ff; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Die Grundrechte, Art.20 Rdn 15

3) vgl. BVerfG, Beschl. vom 7. Apr. 1964, E 17, S.311; Brüggemann, Judex stutor et judex investigator, S.176; Hesse, aaO S.181; Ipsen, Gleichheit, GR II S.174

Die Möglichkeit, durch staatliche Gerichte Rechtsschutz zu erlangen, sichert die Stellung des Bürgers als Träger subjektiver Rechte. Die Erlangung von Rechtsschutz kann aber durch unterschiedliche soziale Voraussetzungen der Prozeßbeteiligten beeinflußt werden. Die soziale Herkunft dürfte eine ganz entscheidende Rolle spielen schon bei der Frage, ob ein Bürger überhaupt den Weg zu den Gerichten gehen will. Im Rahmen dieser Untersuchung kann nur darauf verwiesen werden, daß insoweit eine Verpflichtung zum Ausgleich sich aus Art.3 Abs.1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip für den Gesetzgeber ergibt. Lösungsmöglichkeiten können hier nicht aufgezeigt werden, schon weil dafür umfangreiche soziologische Untersuchungen und die Kenntnis von der Beeinflußbarkeit soziologischer Faktoren erforderlich wären.

Auch wirtschaftliche Unterschiede können sich auf den Schutz der Rechte des Einzelnen auswirken. Mit einem Prozeß ist ein erhebliches finanzielles Risiko verbunden. Es ist umso größer, je höher der Streitwert oder die Instanz und damit je existentieller für den Bürger das damit verteidigte Interesse ist. Nicht jeder Prozeßbeteiligte ist aber in der Lage, solche Kosten selbst zu tragen. Würde ihm dadurch die Möglichkeit genommen, einen Prozeß zu beginnen, soweit erforderlich einen Anwalt zu bestellen oder Rechtsmittel einzulegen, so hätte sein Gegner schon gewonnen, bevor das Verfahren überhaupt begonnen hat. Wirtschaftliche Unterschiede würden für den Schwächeren Versagung von Rechtsschutz bedeuten und ihn damit letztlich der Gefahr aussetzen, zum Objekt der Staatsgewalt

oder eines Dritten zu werden. Hier erfüllt die Institution des Armenrechts eine Funktion sowohl im Rahmen der Gleichheit in der Reihe, als auch bei der Gleichheit der Waffen zweier Prozeßgegner [1].

II. Elemente der Rechtsstaatlichkeit und Art.3 Abs.1 GG im Prozeßrecht

Darüber hinaus können zur Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes für das Prozeßrecht auch jene Bestimmungen des Grundgesetzes von Bedeutung sein, die - teilweise im Zusammenhang mit anderen Prinzipien - Elemente der Rechtsstaatlichkeit verbürgen. Die Beziehung zwischen dem Prozeßrecht und den Artikeln des Grundgesetzes, die das Verhältnis des Staates zum Recht, zu den Rechten seiner Bürger und die Stellung der Gerichte betreffen, leuchtet ohne weiteres ein.

1. Das Rechtsstaatsprinzip

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den die einzelnen Bestimmungen unserer Verfassung verbindenden Grundsätzen und Leitideen, die das Gesamtbild des Verfassungsgebers vom Grundgesetz geprägt haben. Wie das Sozialstaatsprinzip ist es nicht einem speziellen Grundgesetzartikel zu entnehmen. Es ergibt sich vielmehr aus einer Zusammenschau der Art.20 Abs.3, 1 Abs.3, 19 Abs.4 und 28 Abs.1 GG [2]. Inhaltlich

---

1) zur Ausgleichsfunktion von Sozialstaatsprinzip und Gleichheitssatz vgl. Lang, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.52 (1961), S.60 (78)

2) vgl. BVerfG, Urt. vom 1. Juli 1953, E 2, S.380 (403); Beschl. vom 26. Febr.1969, E 25, S.269 (290); Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.20 Rdn 9; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.83; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates, S.17 f

verbürgt das Rechtsstaatsprinzip zwei unterschiedliche Postulate: es ist eine Garantie für Rechtssicherheit und Gerechtigkeit [1].

Aber sind die Postulate Rechtssicherheit und Gerechtigkeit an sich schon weithin vage, so kommt noch hinzu, daß die Anforderungen dieser beiden Komponenten des einheitlichen Rechtsstaatsprinzips häufig nicht miteinander vereinbar sind. Wer Rechtssicherheit will, geht das Risiko materiellen Unrechts ein. Wer aber in jedem Fall dem Streben nach materieller Gerechtigkeit den Vorzug gibt, der stört den Rechtsfrieden durch andauernde Streitigkeiten [2], und es besteht die Gefahr, daß die objektive Norm aufgelöst wird durch eine unübersehbare Zahl subjektiver Einzelentscheidungen [3].

Hier bedarf eine Prüfung am Rechtsstaatsprinzip der abwägenden Wertung beider Postulate. Für die Entscheidung gibt es keine bindenden Maßstäbe. Die Konkretisierung ist dem politischen Ermessen des Gesetzgebers überlassen [4]. Deshalb können aus dem Rechtsstaatsprinzip unmittelbar keine Schlüsse für die

- - - - -

1) vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art.20 Rdn 58

2) zur Bedeutung des Rechtsfriedens vgl. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, passim

3) Menger, Rechtsstaat, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd.8, Sp. 769

4) vgl. BVerfG, Beschl. vom 17. Dez. 1969, E 27, S. 297 (305ff); Schmidt-Bleibtreu/Klein, Die Grundrechte, Art.20 Rdn 12

Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes gezogen werden. Doch sind Teilaspekte des Rechtsstaatsprinzips in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes enthalten.

2. Die Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 S.1 GG

Von besonderer Bedeutung für das Rechtsstaatsprinzip und die Geltung der materiellen Rechtsordnung ist ein wirksamer staatlicher Rechtsschutz [1]. Zwar bestehen die Grundrechte und sonstigen subjektiven Rechte des Bürgers unabhängig von der Möglichkeit, bei ihrer Verletzung Sanktionen zu ergreifen. Doch gewinnen Rechte ihren eigentlichen Wert dadurch, daß sie im Streitfall durchgesetzt werden können. Da aber der Staat zur Gewährleistung des Rechtsfriedens Selbsthilfe grundsätzlich untersagt hat, kommt es für den Bürger auf den Schutz durch staatliche Gerichte an [2]. Der sachliche Umfang des richterlichen Schutzes gehört daher zur Frage nach der realen Geltung des Rechts überhaupt.

Die Generalklausel des Art.19 Abs.4 S.1 GG eröffnet in konsequenter Ausfüllung des Rechtsstaatsprinzips den Rechtsweg für jedermann, der "durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt" wird. Damit wird die in den materiellen Grundrechten gefallene Entscheidung des Verfassungsgebers für den Bürger als Träger subjektiver Rechte und gegen den Untertan als

---

1) vgl. Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S.11; Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, Stb und StGew II S.427 (429)

2) vgl. v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.20 Abs.3, Anm.VI 2; Menger, Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, GR III 2 S.717 (718); Wernicke, Bonner Kommentar, Art.19 Abs.3, Anm.II 4

Objekt staatlichen Handelns formell abgesichert. Art.19 Abs.4 GG erlangt für die prozessuale Stellung des Bürgers eine Bedeutung, die mit der des Art.2 Abs.1 GG für das materielle Recht verglichen werden kann [1]. Wie Art.2 Abs.1 GG als "materielles Hauptgrundrecht" die grundsätzliche Freiheitsverbürgung enthält, kann man die Rechtsweggarantie des Art.19 Abs.4 S.1 GG als das "formelle Hauptgrundrecht" unserer Verfassung ansehen [2].

Die Abhängigkeit der Rechtswegeröffnung von einer Verletzung subjektiver Rechte macht deutlich, daß das gerichtliche Verfahren der Durchsetzung dieser Rechte dienen soll. Demnach ist für Streitigkeiten um Maßnahmen der öffentlichen Gewalt durch das Grundgesetz die Rechtsschutzfunktion des Prozesses in den Vordergrund gestellt [3]. Dasselbe gilt, ohne die ausdrückliche Absicherung im Grundgesetz, auch für die Aufgabe des gerichtlichen Verfahrens in privatrechtlichen Streitigkeiten [4]. Daß gleichzeitig

---

1) vgl. Wernicke, Bonner Kommentar, Art.19 Abs.4, Anm.II 4; Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, S.55/56, der daneben auf die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens für den Rechtsschutz hinweist

2) so früher Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel in Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL H. 8 (1950), S.65 (88); Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.19 Abs.4, Rdn.12; Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB u. StGew Bd.II, S.427 (429); ders., Der Begriff des sozialen Rechtsstaates, S.17/18

3) vgl. Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S.537 (538); Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, GR III 2, S.730 ff

4) vgl. Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S.59; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechtes, S.2; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, S.2

eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns und der Geltung der materiellen Rechtsordnung erfolgt, ist eine - allerdings erwünschte - Nebenfolge dieser Rechtsschutzfunktion [1].

Die Ausrichtung des Prozeßzweckes muß aber über die Eröffnung des Rechtsweges hinaus auch Einfluß auf die Gestaltung des Verfahrens haben. Denn auch davon hängt entscheidend ab, ob der Prozeß seine Aufgabe erfüllen kann. Dabei verlangt der hohe Rang des Art.19 Abs.4 GG als "formelles Hauptgrundrecht" im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung, daß das eröffnete gerichtliche Verfahren größtmögliche Effektivität des Rechtsschutzes gewährleistet [2].

3. Unabhängigkeit des Richters und rechtliches Gehör

Die Effektivität des Rechtsschutzes wird durch einzelne Bestimmungen im 9. Abschnitt ("Die Rechtsprechung") des Grundgesetzes, die das gerichtliche Verfahren und die Stellung des Richters betreffen, teilweise gesichert. Sie können diesen Zweck zwar alleine nicht erreichen, zeigen aber noch einmal die Bedeutung, die das Grundgesetz dieser Aufgabe der Gerichte beimißt [3].

---

1) vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art.19 Abs.4 Rdn 2 und 9; Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S.587 (599)

2) vgl. v.Mutius, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, S.141/142 mwN

3) vgl. Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.238

Durch Art.92 GG ist die materielle Rechtsprechung allein den Gerichten vorbehalten. Um die Richtigkeit der Entscheidungen und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Gerichte zu gewährleisten, sichert Art.97 GG die Unabhängigkeit der Richter. Zwar sind die Gerichte an die vom Gesetzgeber erlassenen verfassungsmäßigen Gesetze gebunden, doch verlangt Subsumption Wertung und Rechtsprechung wird immer von der Persönlichkeit der Richter abhängen [1]. Richtige Wertung aber setzt mindestens Neutralität des Wertenden voraus. Wer Rechtsstaatlichkeit und effektiven Rechtsschutz für den Bürger - darüber hinaus auch eine funktionierende Gewaltenteilung - sichern will, muß die Richter vor jeglicher Beeinflussung durch Dritte zu schützen suchen [2]. Diese Aufgabe erfüllt Art.97 Abs.1 GG. Auch jede mittelbare Einflußnahme auf die Rechtsprechung durch Versetzung von Richtern, Amtsenthebung und ähnliches ist verboten. Die Verbürgung persönlicher Unabhängigkeit (Art.97 Abs.2) gilt, von unumgänglichen Einschränkungen abgesehen, auch für die nicht "hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten" Richter [3].

Darüberhinaus enthält Art.103 Abs.1 GG eine Regelung der Stellung der Beteiligten vor Gericht.

- - - - -

1) dazu Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, S.89; Mes, Der Rechtsschutzanspruch, S.43; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, S.105

2) vgl. Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art.97 Anm.A; v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art.20 Abs.3, Anm.IV 2; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S.49, wonach die richterliche Unabhängigkeit zum Begriff der Rechtsprechung gehört

3) vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 29 II 1,2, S. 269

Jeder am Verfahren Beteiligte hat das Recht, sich zu dem gesamten, nicht nur zu dem entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern und zu Behauptungen anderer Beteiligter seine Gegendarstellung zu geben. Eigene Ermittlungen darf das Gericht selbst in Verfahren mit Untersuchungsmaximen nur dann seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn die Beteiligten Gelegenheit hatten, sich zu äußern [1]. Jeder hat Anspruch darauf, zu jedem Punkt mit Angriff und Verteidigung gehört zu werden, damit er Einfluß auf Verfahren und Ergebnis nehmen kann [2].

So dient Art.103 Abs.1 GG der Wahrheitsermittlung und sichert die Beachtung und Realisierung der Grundrechte und sonstiger subjektiver Rechte in der Praxis. Ähnlich Art.19 Abs.4 GG hat auch Art.105 Abs.1 GG heute weithin Reservefunktion, weil er nur ein Minimum an Einflußnahme der Beteiligten sichert und die Verfahrensordnungen diesen Anforderungen meist gerecht werden [3]. Erst wenn dieses unverzichtbare Minimum rechtlichen Gehörs nicht mehr gewahrt ist, greift Art.103 Abs.1 GG unabhängig von der Gestaltung des Verfahrens durch den Gesetzgeber ein [4].

- - - - -

1) BVerfG, Beschl. vom 18. Juni 1957, E 7, S.53 (56 f)

2) BVerfG, Beschl. vom 18. Sept. 1952, E 1, S.418 (429); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.222 f; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Die Grundrechte, Art.103 Abs.1, Rdn 2

3) vgl. Menger, Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, DÖV 1969, S.153 (155)

4) vgl. BVerfG, Beschl. vom 18. Juni 1957, E 7, S.53 (56 f); Hamann/Lenz, Das Grundgesetz, Art. 103 Abs.1, Anm. B I; Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art.103 Abs.1, Rdn 10

Darüberhinaus enthält er eine materiale Wertentscheidung der Verfassung für die Rechte der Beteiligten im Gerichtsverfahren [1], die seiner Zugehörigkeit zum Bereich des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtsschutzgarantie entspricht. Sie ist bei der Auslegung der Verfahrensordnungen zu beachten [2].

III. Waffengleichheit als Chancengleichheit

Unter Berücksichtigung der aufgezeigten Beziehungen zwischen dem Prozeßrecht und den grundsätzlichen Wertentscheidungen, die der Verfassungsgeber im Sozialstaatsprinzip und den Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips getroffen hat, soll nun der Gleichheitsgrundsatz ausgelegt, der materielle Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit ermittelt werden. Ziel dieser Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes für die Stellung der Prozeßbeteiligten ist, allgemeine Entscheidungskriterien (Relevanzgründe) für das Gleichheitsurteil festzustellen, die mit den übergreifenden Prinzipien übereinstimmen und zu ihrer Verwirklichung beitragen.

Im Mittelpunkt der dem gerichtlichen Verfahren durch die Verfassung gestellten Aufgabe steht die Gewährleistung größtmöglicher Effektivität des Rechtsschutzes durch neutrale, unabhängige Richter. Dies ist durch Art.19 Abs.4 GG für Verfahren von Bürgern

---

1) vgl. Arndt, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, S.1297 (1298); König, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl. 1959, S.189

2) vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 29 IV 3, S. 274 f

gegen den Staat zur Abwehr hoheitlicher Eingriffe besonders deutlich hervorgehoben, gilt aber auch für den Zivilprozeß, wie die Regelungen im Rahmen des 9. Abschnittes des Grundgesetzes erkennen lassen. Der Grundsatz der Waffengleichheit, der diese Verfassungsentscheidung verwirklichen soll, muß daher gleichen Rechtsschutz für jeden Prozeßbeteiligten zu erreichen suchen. Entsprechend sind für einen Vergleich der prozessualen Stellung alle Umstände wesentlich, die die Effektivität des Rechtsschutzes für die Beteiligten beeinflussen.

Diesen Anforderungen wird eine Verteilung prozessualer Befugnisse im Sinne einer Austauschbarkeit der Parteirollen jedenfalls dann gerecht, wenn die Prozeßbeteiligten von vornherein einander gleichwertige Gegner sind. Von dieser Voraussetzung geht zum Beispiel die Zivilprozeßordnung, die Streitigkeiten unter Privatleuten zu regeln hat, jedenfalls grundsätzlich aus. Hier würde eine bevorzugte Stellung einer Partei im Prozeß erst Ungleichheit schaffen und die andere Partei in ihrer Aussicht auf Erlangung einer materiell richtigen Entscheidung beeinträchtigen. Gleichwertigkeit der Beteiligten ist jedoch nicht notwendig in jedem Verfahren gegeben. Die Überlegenheit eines Beteiligten, die ihre Ursache im vor- oder außerprozessualen Raum hat, kann man beim Vergleich der Stellung im Prozeß nicht ausklammern, wenn der Prozeß seiner Rechtsschutzfunktion gerecht werden soll. Soweit solche vorgegebene Ungleichheit Einfluß auf die Möglichkeit zur Klageerhebung oder zur Wahrnehmung der materiellen Rechte im Prozeß hat, muß auch das Prozeßrecht sie berücksichtigen. Nur die prozessuale

Regelung entspricht dem am Ziel effektiven Rechtsschutz ausgerichteten Gleichheitsgrundsatz, die allen Beteiligten die gleiche tatsächliche Möglichkeit gibt, "die Waage der Justitia in Bewegung zu setzen und zu halten" [1].

Um diese Voraussetzung eines fairen Verfahrens zu schaffen, müssen außerprozessuale Vorteile durch prozessuale Mittel für den Prozeß ausgeglichen werden [2]. Für eine Überlegenheit, die ihre Ursache in einem sozialen Gefälle unter den Beteiligten hat, ergibt sich die Verpflichtung des Prozeßrechts zum Ausgleich vor allem auch aus dem Sozialstaatsprinzip, das insoweit einen konkreten Wertmaßstab zur Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes geben kann. Daneben und darüberhinaus gehört die Verpflichtung zum Ausgleich auch jeder anders verursachten Überlegenheit im Prozeß zu den Anforderungen eines rechtsstaatlichen Grundsätzen folgenden gerichtlichen Verfahrens. Das Prozeßrecht gehört demnach zu jenen Lebensbereichen, in denen der Gesetzgeber in besonderem Maße in seiner Gestaltungsfreiheit beschränkt ist und der Gleichheitsgrundsatz Chancengleichheit der Verfahrensbeteiligten verbürgt [3]. Damit geht der Grundsatz der Waffengleichheit über

---

1) Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S.9; Brüggemann, Judex statutor et judex investigator, S. 179,181

2) ebenso Podlech, Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, S.200/201

3) vgl. BVerfG, Urt. vom 24.Juni 1958, E 8, S.51 (63): für das Parteienrecht; Urt. vom 22. März 1963, DÖV 1963, S.475: für das Prüfungsrecht; Podlech, aaO, S.323; Scholler, Willkürverbot oder Chancengleichheit, S.30 ff

die Minimalforderung des rechtlichen Gehörs nach Art.103 Abs.1 GG, der Gleichbehandlung im Prozeß nur formell sichert, erheblich hinaus.

Waffengleichheit als Chancengleichheit kann sich dabei nur auf die Prozeßsituation und nicht auf die materielle Berechtigung der Parteien beziehen [1]. Ob die von den Beteiligten geltend gemachten Rechte bestehen, ist materiell von vornherein entschieden, insoweit kann es keine Chancengleichheit im Prozeß geben. Doch wird in der Regel gerade um das materielle Recht gestritten. Der Prozeß ist das vom Staat vorgeschriebene geordnete Rechtsfindungsverfahren, in dem die Tatsachen ermittelt werden, auf die das Gericht sein Urteil zu gründen hat. Chancengleichheit im Prozeß gewährleistet die gleiche Möglichkeit für alle Beteiligten, auf die Tatsachenermittlung Einfluß zu nehmen und auf dieser Grundlage einen richtigen Urteilsspruch zu erlangen.

---

1) vgl. Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, S. 14

Zweiter Teil: Waffengleichheit im Verwaltungsprozeßrecht

Bei der Verwirklichung von Chancengleichheit im Verwaltungsprozeß unterscheidet sich schon die Ausgangslage von der des Zivilprozesses. Im Zivilprozeß, in dem sich Bürger als Beteiligte gegenüberstehen, mag normalerweise von einer Gleichwertigkeit der Parteien ausgegangen werden können. Doch stellt sich auch hier in Ausnahmefällen die Frage nach einer Berücksichtigung unterschiedlicher Voraussetzungen, die zur Gewährleistung gleicher Chancen im Prozeß neutralisiert werden müssen (vgl. Armenrecht).

Der Verwaltungsprozeß kann aber nicht einmal für den Normalfall von einer vor- oder außerprozessualen Waffengleichheit der Prozeßbeteiligten ausgehen [1]. In ihm streiten sich nicht gleichberechtigte, gleichstarke Privatleute um ihr Recht, sondern im Verwaltungsstreitverfahren klagt regelmäßig ein Bürger gegen den Staat oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zur Ausübung hoheitlicher Gewalt berechtigt sind. Aus diesem vorprozessualen Unterordnungsverhältnis ergeben sich unterschiedliche Voraussetzungen für die Beteiligten, die für den Verwaltungsprozeß ausgeglichen werden müssen, wenn Chancengleichheit im Verfahren verwirklicht sein soll. Demgemäß enthält die VwGO bereits eine Vielzahl von

---

1) so Lüke, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S.41 (43); Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB u. StGew.II S.422 ff; vgl. auch Lang, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.52 (1961), S.60 (78)

Vorschriften, mit denen für den Bürger gleiche Voraussetzungen im Prozeß geschaffen werden sollen [1]. Ob sie damit den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit insgesamt genügt, dies zu prüfen ist Aufgabe des Zweiten Teils dieser Studie. Dabei kann es nicht das Ziel sein, für eine möglichst große Zahl von Einzelbestimmungen des Verwaltungsprozeßrechts die Vereinbarkeit mit Art.3 Abs.1 GG zu untersuchen, sie ist in den meisten Fällen nicht zweifelhaft. Vielmehr sollen nur wenige Probleme aufgegriffen und an ihnen zugleich die Brauchbarkeit des im Ersten Teil erzielten Ergebnisses überprüft werden.

A. Vorläufiger Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte [2]

Zwischen Widerspruch, Klageerhebung und rechtskräftiger Entscheidung in letzter Instanz können Jahre liegen. Angesichts dieser möglichen Dauer des Hauptverfahrens ist für einen effektiven Rechtsschutz die

---

1) vgl. BVerwG, Beschl. vom 8. Sept.1953, E 1, S.11; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, GR III 2, S.717 (746); Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S.537 (538); Wolff, Anmerkung, NJW 1951, S.771 (772); im Einzelnen v. Mutius, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, S.88, FN.158

2) Dieser Teil der Untersuchung war einige Monate vor Erlaß des Bundesverfassungsgerichtsbeschlusses zu den selben Fragen vom 19. Juni 1973 - 1 BvL 39/69 und 14/72 - beendet. Wegen weitgehender Übereinstimmungen war eine kritische Auseinandersetzung im Ganzen wenig sinnvoll. Deshalb wurde der bereits fertiggestellte Text unverändert übernommen und auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur in Fußnoten eingegangen.

Regelung vorläufiger Maßnahmen von hervorragender Bedeutung, von ihr kann letztlich die Gewährung von Rechtsschutz überhaupt abhängen [1]. Die VwGO gibt in § 123 die Möglichkeit, durch den Erlaß einstweiliger Anordnungen vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen. Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte richtet sich aber nach der Sonderregelung des § 80 VwGO, der als lex specialis den § 123 VwGO verdrängt (§ 123 Abs.5 VwGO) [2].

Bei der Anwendung des § 80 VwGO hat sich jedoch gezeigt, daß die Regelung teilweise lückenhaft ist, viele Fragen sind offen geblieben. Gerade in neuerer Zeit steht der Beschwerdeausschluß nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO unter dem Gesichtspunkt seiner Vereinbarkeit mit Art.3 Abs.1 GG im Mittelpunkt des Interesses. Dabei werden - teilweise von verschiedenen Senaten des selben Gerichts - die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten [3], die von uneingeschränkter Wirksamkeit über die Notwendigkeit einschränkender Auslegung bis zur Behauptung der

- - - - -

1) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80 Rdn.1

2) vgl. Heintze, Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963, S.1430 (1431); Tschira/Schmitt-Glaeser, Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts, S.100/101

3) vgl. Hess VGH, Beschl. vom 27. Sept.1971, DVBl. 1972, S.579 ff = DÖV 1972, S.316 ff; VGH Mannheim, Beschl. vom 20. Okt.1971, NJW 1972, S.918 f; BayVGH, Beschl. vom 2.Aug.1972 - 89 II 72, BayVBl. 1972, S.528; Beschl. vom 25. Aug. 1971 - 74 VI 71, BayVBl. 1972, S.159 f; auf die Vorlagebeschlüsse des BayVGH vom 28. März 1972 - 198 I 71, BayVBl. 1972, S.296 f und OVG Saarlouis vom 8. Okt. 1969 - II W 17/69, Leitsatz in NJW 1970, S.352, nicht veröffentlicht, hat das Bundesverfassungsgericht jetzt entschieden

Verfassungswidrigkeit reichen. Eine Auseinandersetzung mit diesen Meinungen ist bei isolierter Betrachtung der umstrittenen Vorschrift nicht möglich. Ihr Verständnis setzt eine kurze Darstellung der Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO insgesamt voraus.

I. System des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 VwGO

Bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben sind Hoheitsträger im Bereiche der Eingriffsverwaltung weithin berechtigt, durch (einseitigen) Verwaltungsakt ohne oder sogar gegen den Willen des Betroffenen in Ausübung hoheitlicher Gewalt zunächst verbindliche Maßnahmen zu treffen und zwangsweise durchzusetzen [1]. Die damit verbundene Überlegenheit des Hoheitsträgers gegenüber dem Gewaltunterworfenen hat ihren Grund in der Eigenart staatlicher Verwaltung. Einerseits ist auf bestimmten Sachgebieten (z.B. Gefahrenabwehr) die Möglichkeit zu schnellem Eingreifen zur Erreichung des Verwaltungszweckes unmittelbar erforderlich. Andererseits sieht sich die Verwaltung vor das Problem gestellt, eine große Zahl oft gleichartiger Vorgänge möglichst rationell zu erledigen. Sie würde zum Erliegen kommen, wenn sie in jedem Einzelfall zu einer Regelung erst das Einverständnis des betroffenen Bürgers einholen und im übrigen eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen müßte. Zudem sind wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung ihre

---

1) vgl. Kopp, Beschwerderecht gegen die Aussetzung der Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes?, DÖV 1973, S.86 (87)

Maßnahmen regelmäßig materiell richtig und werden vom betroffenen Bürger akzeptiert.

1. Aufschiebende Wirkung und sofortige Vollziehung

Diese Gründe für eine aus dem Subjektionsverhältnis folgende Überlegenheit der öffentlichen Gewalt können aber dort nicht mehr herangezogen werden, wo es zum Streit um die Rechtmäßigkeit eines bestimmten, von dem Betroffenen angegriffenen Verwaltungsaktes kommt. Eine von der Anfechtung unbeeinflußte zwangsweise Durchsetzung der umstrittenen Regelung würde in vielen Fällen zu einem nicht rückgängig zu machenden Eingriff führen [1] und den Rechtsschutz auf Ersatzforderungen beschränken. Damit könnte sich die - vorprozessual sinnvolle - Ungleichheit bis in den Prozeß auswirken. Eine solche fortdauernde Eingriffsbefugnis der Verwaltung aufgrund einseitiger Entscheidung würde die Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsprozesses einseitig zu Lasten des Bürgers beeinträchtigen. Sie verstößt daher gegen den Grundsatz der Waffengleichheit, der effektiven Rechtsschutz gerade durch Chancengleichheit der Parteien erreichen will.

Deshalb ordnet § 80 Abs.1 VwGO für Widerspruch und Anfechtungsklage gegen belastende Verwaltungsakte grundsätzlich aufschiebende Wirkung an. Ob darunter Wirksamkeits- oder Vollzugshemmung verstanden werden muß [2], ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Jedenfalls soll die aufschiebende

---

1) BVerwG, Beschl. vom 8. Sept.1953, E 1, S.11; Wolff, Anmerkung, NJW 1951, S.771 (772)

2) vgl. Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn.1 mwN

Wirkung den Bürger vor Eingriffen in sein behauptetes Recht im Verlaufe des Rechtsstreites schützen. Sie hebt damit die vorprozessuale Überlegenheit des Hoheitsträgers gegenüber dem Bürger auf und stellt das für den Prozeß gebotene Gleichgewicht der Parteien insoweit her [1].

Allerdings sichert die Regelung des § 80 Abs.1 VwGO nur eine formale Gleichheit, ohne ein unterschiedliches Gewicht der beteiligten Interessen und den Grad der Gefährdung durch die von der Dauer des Hauptverfahrens abhängige Verzögerung oder die vorherige Vollziehung zu berücksichtigen. Eine Abwägung unter Einbeziehung dieser Faktoren kann jedoch zu dem Ergebnis führen, daß der durch die Verzögerung eintretende Nachteil jenen bei weitem überwiegt, der durch eine vorherige Vollziehung entstehen würde.

Der unterschiedlichen Gefährdung der beteiligten Interessen wird durch § 80 Abs.2 Nr.1 bis 4 VwGO Rechnung getragen. Danach wird der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln dann durchbrochen, wenn das Interesse an einer sofortigen Vollziehung ausnahmsweise schwerer wiegt, als das Interesse des belasteten Bürgers an einem möglichst effektiven Schutz seiner subjektiven Rechte. Für bestimmte Fälle geht das Gesetz zunächst generell von einem solchen Übergewicht der öffentlichen Interessen aus, weil die Funktionsfähigkeit des Staates unmittelbar

---

1) vgl. Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn.3 und 29; diese Ausgleichsfunktion übersieht Bettermann, DVBl. 1972, S.581 (582), wenn er die aufschiebende Wirkung als "(einseitiges) Gestaltungsmittel" zugunsten des Bürgers bezeichnet

berührt sein kann. Eine aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage entfällt deshalb bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten (§ 80 Abs.2 Nr.1) und bei unaufschiebbaren Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten (Nr.2), darüberhinaus in allen anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen (Nr.3).

Neben dieser generellen Interessenbewertung gibt § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO noch für jeden Einzelfall die Möglichkeit, die sofortige Vollziehung anzuordnen, wenn besondere öffentliche Interessen oder überwiegende Interessen eines (anderen) Beteiligten dies erfordern. Eine solche Anordnung bedarf aber wegen ihres Ausnahmecharakters einer besonders sorgfältigen Abwägung der betroffenen Interessen [1]. Nach § 80 Abs.3 S.1 VwGO ist der Hoheitsträger regelmäßig verpflichtet, das für die Anordnung der sofortigen Vollziehung entscheidende besondere Interesse schriftlich zu begründen und damit die Grundlagen der Interessenabwägung offenzulegen.

In seiner Wirkung - sofortige Vollziehung - entspricht § 80 Abs.2 VwGO dem durch die (vorläufige) Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des einseitig erlassenen Verwaltungsaktes gekennzeichneten vorprozessualen Verhältnis von Hoheitsträger und Bürger. Doch soll mit der Möglichkeit der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs.2 VwGO ein anderer Zweck verfolgt werden. Nicht Gewähr-

---

1) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn.28; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Anm. C 4 c

leistung rationellen Verwaltungshandelns, sondern Schutz vor vermeidbaren Schäden durch Abwägung der jeweils drohenden Nachteile ist hier beabsichtigt. Eine Übereinstimmung besteht allerdings darin, daß zur Vereinfachung und Beschleunigung die Entscheidung zunächst einseitig durch das Gesetz oder die Verwaltungsbehörde getroffen wird.

2. Aussetzen der Vollziehung, Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Der betroffene Bürger ist aber der sofortigen Vollziehung nicht schutzlos ausgesetzt. Die Entscheidung unterliegt zweifacher Überprüfung. Zunächst kann nach § 80 Abs.4 VwGO die Widerspruchsbehörde in allen Fällen des Abs.2 die Vollziehung - teilweise gegen Sicherheitsleistung - aussetzen. Dabei muß sie die vorgenommene Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels überprüfen. Die Verwirklichung von Rechtsschutz leidet jedoch darunter, daß die überprüfende Widerspruchsbehörde nicht neutraler Dritter, sondern regelmäßig mit der Erfüllung gleichartiger öffentlicher Aufgaben betraut ist.

Von besonderer Bedeutung für den Rechtsschutz des Bürgers ist deshalb, daß schon vor Klageerhebung auch ein Gericht, das Gericht der Hauptsache, mit der Frage der sofortigen Vollziehung befaßt werden kann [1]. Der Bürger braucht also nicht erst den Ablauf des Widerspruchsverfahrens abzuwarten. Das Gericht kann gemäß § 80 Abs.5 VwGO auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen oder wiederherstellen.

- - - - -

1) darauf verweist Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 247

3. Der Beschwerdeausschluß nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO

Nach der Regel des § 146 Abs.1 VwGO müßte ein solcher Beschluß über den Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angegriffen werden können, wenn und soweit eine Partei dadurch beschwert ist. Das Beschwerderecht kann aber durch die Verwaltungsgerichtsordnung für bestimmte Fälle ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber hat davon in § 80 Abs.6 S.2 VwGO Gebrauch gemacht. Stattgebende Beschlüsse sollen danach unanfechtbar sein.

Dahinter steht das Bestreben, Entscheidungen über den vorläufigen Rechtsschutz nicht einem "verwirrenden Hin und Her" auszusetzen [1]. Jede Verzögerung kann die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigen [2]. Gegen die Berechtigung dieser Erwägungen des Gesetzgebers hat das OVG Saarlouis zu Unrecht Bedenken erhoben [3]. Es ist zwar richtig, daß durch den Beschwerdeausschluß eine Korrektur möglicher Fehlentscheidungen verhindert wird. Außerdem ist die Gefahr von Fehlentscheidungen bei der Eilbedürftigkeit des Verfahrens sogar noch erhöht. Aber eine Korrektur solcher Fehlentscheidungen wird nicht endgültig, sondern nur für das Verfahren um den vorläufigen Rechtsschutz verhindert. Diesem folgt das Verfahren in der Hauptsache nach.

- - - - -

1) so die amtliche Begründung, BT-Drucksache 55, III. WP, S.40

2) vgl. BVerwG, Beschl. vom 21. Okt.1968, NJW 1969, S.202 (203)

3) Vorlagebeschluß vom 8. Okt. 1969 unter III, nicht veröffentlicht

a) Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses

Die Problematik dieser Bestimmung ergibt sich jedoch aus der Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses. Auf den Normalfall des bilateralen Verwaltungsstreitverfahrens Staat - Bürger übertragen bedeutet das, daß der Staat die aufschiebende Wirkung bei stattgebendem Beschluß für die Dauer des Hauptverfahrens hinnehmen muß. Dagegen kann der Bürger einen ablehnenden Beschluß weiter mit der Beschwerde angreifen und versuchen, die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes auf der Grundlage geänderter Interessenbewertung zu verhindern.

Diese bevorzugte, vielleicht gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßende Stellung des Bürgers nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO soll teilweise damit erklärt werden, daß eine ablehnende und eine stattgebende Entscheidung unterschiedliche Beschwer für die Parteien mit sich brächte. Während die Aussetzung der Vollziehung es beim gegenwärtigen Zustand belasse, führe die Ablehnung des Antrags zur Vollziehung, damit zum Eingriff in Rechte des Antragstellers und zur - unter Umständen irreparablen - Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Lage. Einen solchen Eingriff aber müsse man regelmäßig als schwerer ansehen, als die Sicherung des status quo.[1)]

- - - - -

1) so Bettermann, Anmerkung zum Urt. des Hess. VGH vom 27. Sept. 1971, DVBl. 1972, S.581 (582); vgl. auch BVerwG, Beschl. vom 22. Okt.1968, NJW 1969, S.202 (203)

Mag diese Interessenbewertung auch grundsätzlich richtig sein, so sind dies doch Überlegungen, die in § 80 VwGO bereits Berücksichtigung gefunden haben. Gegenüber der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs.2 und einem ablehnenden Beschluß nach § 80 Abs.5 VwGO erscheinen sie als untaugliches Argument. Gerade die unterschiedliche Beschwer von ablehnender und stattgebender Entscheidung, von Aussetzung und Vollziehung, soll nämlich nach § 80 Abs.5 VwGO durch das Gericht geprüft und nur bei besonderem Interesse für eine Vollziehung zugunsten der geringeren Beeinträchtigung entschieden werden. Dann liegt nur in den Fällen sachlich falscher ablehnender Entscheidungen die größere Beschwer auf Seiten des Bürgers. Die Wahrscheinlichkeit, daß eine Aussetzung der Vollziehung aufgrund unrichtiger Bewertung angeordnet und damit das von der Behörde vertretene öffentliche Interesse zu Unrecht zurückgesetzt wird, ist aber gleich groß.

Liegt somit die durch § 80 Abs.2 begründete und durch prozessuale Mittel auszugleichende Überlegenheit des Staates gegenüber dem Bürger nicht darin, daß der Verwaltungsakt schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung über Widerspruch und Anfechtungsklage überhaupt durchgesetzt werden kann, bleibt als Vorteil nur die Tatsache, daß einseitige Anordnung, sei es durch das Gesetz oder einen Hoheitsträger, die sofortige Vollziehung ermöglicht. Nach § 80 Abs.5 VwGO wird aber der Ausschluß der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht auf eine zutreffende Bewertung der Interessen überprüft. Dabei hat jedenfalls der antragstellende Bürger Gelegenheit, seine Interessen umfassend darzustellen. Ergeht dennoch ein ablehnender

Beschluß, dann beruht nunmehr die sofortige Vollziehung nur noch auf dieser Entscheidung. Die anfängliche Überlegenheit der Verwaltung wirkt sich danach nicht mehr aus und es gibt nichts, was durch weitere Regelungen ausgeglichen werden müßte [1].

Allein auf das Ziel einer schnellen Beendigung des Verfahrens um den vorläufigen Rechtsschutz blickend, könnte man daher auch dem Bürger mit guten Gründen einen Ausschluß des Beschwerderechts zumuten. Das Risiko einer sachlich falschen Entscheidung in dem Beschluß nach § 80 Abs.5 VwGO ist für beide Seiten gleich groß. Die Regelung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO stellt dagegen eine einseitige Bevorzugung des Bürgers dar, die durch die Möglichkeit, Beschlüsse nach § 80 Abs.6 S.1 VwGO abzuändern, zugunsten des Staates nicht ausgeglichen wird [1]. Wie sich gerade auch aus dem Zusammenhang mit § 80 Abs.6 S.2 ergibt, besteht der Anspruch auf Abänderung nur bei einer Veränderung der Sach- oder Rechtslage [2]. Ursprüngliche Mängel der Entscheidung können darüber nicht behoben werden.

b) Vereinbarkeit mit Art.3 Abs.1 GG

Bei der Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte ist demnach wegen der Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO

- - - - -

1) so aber OVG Lüneburg, Beschl. vom 25. Apr.1967, DVBl. 1968, S.47 (49); Hess VGH, Beschl. vom 27. Sept. 1971, DVBl. 1972, S.579 (581); VGH Mannheim, Beschl. vom 20. Oktober 1971, NJW 1972, S.968 f

2) vgl. BayVGH Beschl. vom 2. Aug. 1972, BayVBl. 1972, S.528; OVG Lüneburg, Beschl. vom 14.Dez. 1961, VerwRspr. 14, S.752 (754); Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80 Rdn 52

die Chancengleichheit der Prozeßbeteiligten zumindest formal nicht gewährleistet [1]. Es fragt sich jedoch, ob aus der Benachteiligung der öffentlichen Gewalt zwangsläufig die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art.3 Abs.1 GG gefolgert werden muß [2]. Dieses Ergebnis wäre jedenfalls dann zu vermeiden, wenn die Regelung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO einer Bewertung der beteiligten Interessen entspricht, die auch der Verfassungsgeber im Grundgesetz vorgenommen hat. Eine solche Interessenbewertung müßte auch im Rahmen des Grundsatzes der Waffengleichheit berücksichtigt werden.

Für die Begründung eines unterschiedlichen Gewichts von privatem und öffentlichem Interesse im Verwaltungsprozeß kann vor allem die grundsätzliche Wertentscheidung des Verfassungsgebers in Art.19 Abs.4 GG herangezogen werden. Er beschränkt sich nicht darauf, den Rechtsweg überhaupt zu eröffnen und die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens im übrigen völlig dem Gesetzgeber zu überlassen. Ihm liegt vielmehr eine bestimmte Vorstellung des Verfassungsgebers vom Wert der beteiligten Interessen zugrunde, die auch auf den Ablauf des einmal eröffneten Verfahrens Einfluß gewinnen muß. Vordringliches Ziel ist dabei der Schutz des Bürgers gegen unrechtmäßige Maßnahmen der öffentlichen Gewalt. Dies entspricht dem ursprünglichen Sinn der

---

1) so auch BVerfG, Beschl. vom 19. Juni 1973, NJW 1973, S.1491 (1493) = DVBl. 1973, S.622 ff, obwohl es vorher davon ausgeht, daß die von der Behörde vertretenen Interessen ausreichend geschützt seien

2) vgl. OVG Saarlouis, Vorlagebeschluß vom 8. Okt.1969, nicht veröffentlicht

materiellen Grundrechte, die Individualsphäre möglichst weitgehend gegen den Staat zu schützen [1]. So setzt auch Art.19 Abs.4 GG den Schutz von Individualinteressen über die lückenlose Verwirklichung von Rechten der Allgemeinheit [2]. Diese Bewertung gestattet eine Abweichung von der tatsächlichen Chancengleichheit, wenn damit die Effektivität des Rechtsschutzes zugunsten des Bürgers vergrößert werden soll.

Danach ist es eher zu ertragen, einen zulässigen Eingriff in Rechte eines Bürgers zu unterlassen, als einen unberechtigten Eingriff zu erlauben. Eine solche Auffassung verlangt aber erst recht eine umfassende Sicherung des Bürgers im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes, zu einer Zeit also, da die Rechtmäßigkeit des beabsichtigten Eingriffs noch nicht rechtskräftig festgestellt ist. Der öffentlichen Gewalt kann, gerade für die begrenzte Dauer des Hauptverfahrens, eher das Risiko einer unrichtigen Entscheidung über den vorläufigen Rechtsschutz zugemutet werden, als dem Bürger.

Der einseitige Beschwerdeausschluß des § 80 Abs.6 S.2 VwGO gibt dem Bürger nur die Möglichkeit, eine ihm ungünstige Entscheidung auf ihre Richtigkeit überprüfen zu lassen. Damit wird die Gefahr eines ungerechtfertigten Eingriffs möglichst gering gehalten. Andererseits wird das durch die Behörde ver-

---

1) Maunz/Dürig/Herzog, Das Grundgesetz, Art.19 Abs.4 Rdn 2

2) vgl. OVG Lüneburg, Beschl. vom 25. Apr.1967, DVBl. 1968, S.49; Menger/Erichsen, HRR, VerwArch 59 (1968), S.287;
a.A. Bettermann, DVBl. 1972, S.581 (582)

tretene Interesse der Allgemeinheit nur dann beeinträchtigt, wenn die angegriffene Entscheidung richtig war und das Beschwerdegericht sie aufgrund falscher Interessenabwägung zugunsten des Bürgers ändert. Eine solche dem Rechtsschutz des Bürgers dienende Bevorzugung ist mit einer an Art.19 Abs.4 GG ausgerichteten Auslegung des Grundsatzes der Waffengleichheit vereinbar. [1] Sie dürfte jedoch vom Grundgesetz nicht zwingend gefordert sein. Eine Beseitigung, wie eine Ausdehnung der Unanfechtbarkeit auf ablehnende Beschlüsse nach § 80 Abs.5 VwGO wären ebenfalls zulässig [2].

---

1) zu diesem Ergebnis kommt auch das BVerfG, Beschl. vom 19. Juni 1973, NJW 1973, S.1491 (1493)

2) ebenso Bettermann, aaO

II. Beschwerdeausschluß bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung

Damit ist jedoch nur die Verfassungsmäßigkeit des einseitigen Beschwerdeausschlusses für den Normalfall des bilateralen Prozeßverhältnisses Bürger - Behörde festgestellt. Wie ist es aber, wenn in einem Prozeß noch andere Interessen berührt und von ihren Inhabern vertreten werden, gilt § 80 Abs.6 S.2 VwGO auch dann?

Die Problematik wird deutlich bei den "Verwaltungsakten mit Doppelwirkung". Darunter sollen jene Verwaltungsakte verstanden werden, die den einen begünstigen und in untrennbarem Zusammenhang einen Dritten belasten [1]. Als Belastung reicht nicht jede rein tatsächliche Beeinträchtigung, auch nicht eine Verletzung solcher Rechtssätze, die lediglich dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit dienen und als Reflex auch den Einzelnen (als Mitglied der Gemeinschaft) begünstigen. Vielmehr muß es sich um einen Eingriff mindestens in rechtlich geschützte Interessen des Dritten handeln [2], so daß der Dritte eine Rechtsverletzung geltend machen und gegen den ihn belastenden Verwaltungsakt vorgehen kann [3].

- - - - -

1) vgl. Fromm, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch Bd.56 (1965), S.26; Haueisen, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, S.2037 (2038); Menger/Erichsen, HRR, VerwArch Bd.60 (1969), S.98 ff; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 47 VI c, S.344

2) so Friauf, Anm., DVBl. 1969, S.368; Sellmann, Nachbarklage, DVBl. 1963, S.273 ff

3) BVerwG, Urt. vom 28. Jan. 1960, E 10, S.123; Urt. vom 28. Juni 1963, DÖV 1964, S.57; Menger, HRR, VerwArch Bd.51 (1960), S.267 f

Solche Verwaltungsakte mit Doppelwirkung sind besonders häufig im Gewerbe- und Baurecht [1]. Gegenstand zahlloser Prozesse sind vor allem Baugenehmigungen. In ihnen stellt die Baubehörde einerseits zugunsten des Antragstellers fest, daß dieser zu bauen berechtigt sei. Das genehmigte Bauvorhaben kann aber andererseits gegen Vorschriften verstoßen, die, wie etwa die Vorschriften über den Bauwich, auch dem Schutz der Nachbarn dienen. Unter Berufung auf (angebliche) Rechtsverletzungen gehen die Nachbarn dann mit Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Genehmigung vor [2]. Da der Begünstigte häufig bereits zu bauen begonnen hat oder der Baubeginn unmittelbar bevorsteht, verlangen sie vorläufigen Rechtsschutz.

1. Anwendbarkeit von § 80 VwGO

Obdieser auch hier nach § 80 VwGO zu gewähren oder aber § 123 VwGO anzuwenden ist, dazu gibt es keine einheitliche Meinung. Gegen die Anwendung von § 80 VwGO wird vorgebracht, der Gesetzgeber habe bei der Konzeption des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte an die Verwaltungsakte mit Doppelwirkung nicht gedacht, allein § 123 VwGO könne der besonderen Interessenlage gerecht werden [3].

- - - - -

1) Haueisen, aaO; weitere Beispiele bei Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Anm. 7

2) vgl. BVerwG, Beschl. vom 21. Okt.1968, NJW 1969, S.202 ff; OVG Münster, Beschl. vom 9. Aug.1966, OVG E 22, S.247 ff; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 244

3) so z.B. Fromm, Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, DVBl. 1962, S.801 ff; Peters, Der Dritte im Baurecht, DÖV 1965, S.744 ff; Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn 8; OVG Münster, aaO

Aber diese Behauptung befindet sich im Widerspruch zu einer Reihe von Vorschriften der VwGO (§§ 68,73,79 und 146 VwGO), in denen der Gesetzgeber die Stellung des Dritten im Verfahren ausdrücklich geregelt hat. Selbst § 80 VwGO geht von der Möglichkeit aus, daß durch einen Verwaltungsakt auch Dritte betroffen werden können. Denn in Abs.2 Nr.4 wird die Anordnung der sofortigen Vollziehung wegen überwiegender Interessen eines (dritten) Beteiligten zugelassen.

Angesichts dieser Regelungen wird man davon ausgehen müssen, daß der Gesetzgeber auch gegenüber Verwaltungsakten mit Doppelwirkung vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 VwGO gewähren wollte [1].Allerdings kann man nicht übersehen, daß erst in den letzten Jahren Wesen und Bedeutung der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung zunehmend erkannt wurden [2], während der Gesetzgeber nicht alle Schwierigkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes gegen diese bedacht und geregelt hat.

- - - - -

1) so die überwiegende Meinung, vgl. BVerwG, Beschl. vom 21. Okt.1968, NJW 1969, S.202; BayVGH, Vorlageschl. vom 28. März 1972, BayVBl. 1972, S.296; VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 10. Juni 1969, ESVGH 20, S.160; HessVGH, Beschl. vom 27. Sept.1971, DVBl.1972, S.579; OVG Lüneburg, Beschl. vom 25. Apr. 1967, DVBl. 1968, S.47 ff; Bettermann, Anm. zum Urt. des HessVGH, DVBl. 1972, S.581 (582); Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn 11; Heintze, Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963, S.1430 (1431); Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Anm.E 13; Kopp, Beschwerderecht gegen die Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes? BayVBl. 1966, S.380 ff; Menger/Erichsen, HRR, VerwArch Bd.59 (1968), S.288; Siegmund-Schultze, Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 1963, S.745 (754)

2) vgl. Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn 7

2. Unterschiedliche Interessenlage

So fragt sich, welchen Einfluß Widerspruch und Klage des Nachbarn gegen die belastende Wirkung des Verwaltungsaktes auf die für den Bauherrn darin enthaltene Begünstigung haben. Gilt der Suspensiveffekt des § 80 Abs.1 VwGO auch hier oder bezieht er sich nur auf das Verhältnis Nachbar-Behörde? Die Antwort ergibt sich aus der Rechtsnatur von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung. Bei ihnen können Belastung und Begünstigung nicht voneinander getrennt werden. Deshalb muß sich auch der Suspensiveffekt gegen beide gemeinsam richten. Der begünstigte Bauherr darf vorläufig nicht bauen [1].

Dagegen steht wiederum die Möglichkeit, nach § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO die sofortige Vollziehung anzuordnen, vielfach auf Antrag des durch den Widerspruch betroffenen Bauherrn. Kommt die Behörde diesem Antrag nicht nach, steht dem Bauherrn in entsprechender Anwendung des § 80 Abs.5 in Verbindung mit § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO der Weg zum Gericht der Hauptsache offen [2]. Andererseits kann der Nachbar gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit dem Antrag

- - - - -

1) dabei mag hier offen bleiben, ob diese Wirkung automatisch oder erst nach Benachrichtigung des Bauherrn eintritt, vgl. De Clerck, Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 1964, S.152 (153); Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn 11; Haueisen, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, S. 2037 (2041); Heintze, aaO, S.1433; Tschira/Schmitt-Glaeser, Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts, S.106

2) BVerwG, Beschl. vom 21. Okt. 1968, NJW 1969, S. 203

nach § 80 Abs.5 VwGO vorgehen. Diese Vorschrift findet außerdem entsprechende Anwendung zu seinen Gunsten, wenn die Baubehörde oder der Bauherr die aufschiebende Wirkung mißachten [1]. Daraus resultiert insgesamt eine Aufwertung des § 80 Abs.5 und gleichzeitig eine mögliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 80 Abs.6, S.2 VwGO. Damit wäre bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung ebenfalls die Beschwerde gegen stattgebende Beschlüsse nach § 80 Abs.5 VwGO ausgeschlossen.

Doch unterscheidet sich die Interessenlage bei der Anwendung des Beschwerdeausschlusses hier von der beim "normalen" bilateralen Verwaltungsprozeß. Allerdings richten sich Widerspruch und Klage, ebenso Anträge nach § 80 Abs.5 VwGO, formell jeweils allein gegen die Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat. Aber bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung steht auf Seiten der Behörde begriffsnotwendig das Interesse des Dritten mit auf dem Spiel. Er ist deshalb auch nach § 65 Abs.2 VwGO beizuladen.

Man wird aber dennoch kaum sagen können, daß sich die Nachbarklage im Kern gegen den Bauwilligen und nicht gegen die Behörde richte [2]. Immerhin stützt sich diese Klage auf die Verletzung öffent-

---

1) vgl. De Clerck, aaO, S.153/154; Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn 14; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 66 II 4, S.249

2) so aber OVG Lüneburg, Beschl. vom 25. Apr. 1967, DVBl. 1968, S.47 (49); Sellmann, Nachbarklage, DVBl. 1963, S.273 (280); jetzt auch BVerfG, aaO: abgesehen von der prozessualen Konstruktion liege nur eine Auseinandersetzung zwischen den Nachbarn vor.

lich-rechtlicher Vorschriften durch die Baubehörde, wie die Baugenehmigung überhaupt nur aussagt, daß der Antragsteller unbeschadet privater Rechte Dritter zu bauen berechtigt sei. Einige der öffentlich-rechtlichen Vorschriften dienen aber auch dem Schutz von Privatinteressen Dritter. Diese Interessen soll die Behörde bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO berücksichtigen.[1] Eine stattgebende Entscheidung nach § 80 Abs.5 VwGO, sei es auf Antrag des Bauherrn oder des Nachbarn, berührt neben dem durch die Behörde vertretenen öffentlichen Interesse ebenfalls das Interesse des Beigeladenen. Entsprechend trifft der Beschwerdeausschluß nicht die Behörde allein, sondern auch diesen [2]. Ob die sofortige Vollziehung mit überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen begründet worden ist, ist dafür ohne Bedeutung. Entscheidend ist der tatsächliche Eingriff in ein geschütztes Recht [3]. Bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung müssen auch die prozessuale Stellung und die Interessen des Antragstellers und des Dritten miteinander verglichen werden.

- - - - -

1) vgl. OVG Saarlouis, Vorlageschl. vom 8. Okt. 1969 unter III, nicht veröffentlicht

2) dafür BayVGH, Beschl. vom 25. Aug.1971, BayVBl. 1972, S.159 f; VGH Baden-Württemberg, Beschl. vom 10. Juni 1969, ESVGH 20, S.160; Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80 Rdn 50 a

3) so Buhren, Anm.,NJW 1972, S.462; a.A. Martzloff, Anm., NJW 1972, S.919 ff

3. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Waffengleichheit

Die in der Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses liegende Bevorzugung des Antragstellers gegenüber dem beigeladenen Dritten kann man hier ebenfalls nicht als Ausgleich einer vorherigen Überlegenheit, als Korrelat für die Durchbrechung des grundsätzlichen Suspensiveffektes nach § 80 Abs.1 VwGO erklären. Insofern kann auf das oben unter A I 3 a (S.66 ff) Gesagte Bezug genommen werden.

a) Verstoß bei wortgetreuer Anwendung

Es läßt sich sogar eine mögliche zusätzliche Benachteiligung des Dritten im Verfahren feststellen. Zwar soll die Behörde bei ihrer Entscheidung über die sofortige Vollziehung und im Verfahren des § 80 Abs.5 VwGO die Interessen des Dritten berücksichtigen, soweit sie durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geschützt sind. Doch wird es ihr häufig schon an der genauen Kenntnis aller Umstände fehlen. Außerdem kann man Art.103 Abs.1 GG entnehmen, daß niemand gezwungen werden soll, sich auf die Wahrnehmung seiner Rechte durch andere zu verlassen. Deshalb ist mit § 65 Abs.2 VwGO dem durch die Entscheidung ebenfalls Betroffenen die Gelegenheit gegeben, seine Interessen selbst zu vertreten.

Gerade im Verfahren um den vorläufigen Rechtsschutz ist aber eine ausreichende Vertretung der Drittinteressen nicht gesichert [1]. Wegen der Eilbedürftigkeit des Verfahrens kann sogar auf die Anhörung des Antragsgegners verzichtet werden. Dies gilt erst

---

1) so aber HessVGH, Beschl. vom 27. Sept. 1971, DVBl. 1972, S.579 (581)

recht für den Beigeladenen [1].

Daraus folgt, daß der Vorteil des Antragstellers gegenüber dem Dritten im Verfahren um den vorläufigen Rechtsschutz mindestens ebenso groß ist, wie im Verhältnis zu der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Auch diese unterschiedliche Verteilung prozessualer Befugnisse muß aber mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar sein. Bei der Prüfung ist zu beachten, daß es sich bei dem Dritten um eine Behörde oder um einen Bürger handeln kann.

Soweit eine Behörde in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit von dem Beschwerdeausschluß betroffen wird, können dieselben Wertentscheidungen des Verfassungsgebers Geltung beanspruchen, die zur Rechtfertigung beim bilateralen Prozeßverhältnis herangezogen wurden [2]. Der Beschwerdeausschluß ist insoweit auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung mit Art.3 Abs.1 GG vereinbar.

Zweifelhaft ist es dann, wenn die Behörde nicht hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, sondern wie ein Bürger Rechte aus ihrem Eigentum an einem benachbarten Grundstück geltend macht. Wegen der gleichen "grundrechtlichen Subjektion" wird man hier genauso entscheiden müssen, als wenn es sich um einen Bürger handelt. In dem Verhältnis zweier Privatleute zueinander kann aber Art.19 Abs.4 GG die unterschiedliche

---

1) vgl. Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80, Rdn.60; Buhren, aaO

2) oben A I 3 b), S.69; das BVerfG hat hierzu in seinem Beschl. vom 19. Juni 1973, NJW 1973, S.1491 (1493), nicht abschließend Stellung nehmen brauchen, da es bei dem gegebenen Sachverhalt von einer Identität der Staatsgewalt ausgehen konnte; ein echter Verwaltungsakt mit Doppelwirkung lag daher nicht vor

prozessuale Stellung nicht rechtfertigen [1]. Das öffentliche Interesse mag man dem privaten hintansetzen, die Interessen der Bürger sind einander grundsätzlich gleichwertig. Dabei bleibt es auch, wenn das private Interesse von der Behörde mit wahrgenommen wird, oder privates und öffentliches Interesse übereinstimmen.

Eine Anwendung des einseitigen Beschwerdeausschlusses seinem Wortlaut entsprechend auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung zu Lasten von Privatleuten würde demnach gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen. Das würde die Unwirksamkeit dieser Vorschrift zur Folge haben. Die Frage ist aber, ob das Verständnis des § 80 Abs.6 S.2 VwGO nicht am Erfordernis des chancengleichen Rechtsschutzes ausgerichtet und seine Anwendung auf den verfassungsgemäßen Rahmen beschränkt werden muß.

b) Zulässigkeit verfassungskonformer Auslegung

Über die Zulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung gehen die Meinungen auch bei jenen auseinander, die übereinstimmend in der Einseitigkeit des Beschwerdeausschlusses zum Nachteil eines Bürgers einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit sehen. Einigkeit besteht darüber, daß sämtliche im Range unter der Verfassung stehenden Gesetze grundsätzlich so ausgelegt werden müssen, wie es der Verwirklichung von Wertentscheidungen des Verfassungsgebers am besten entspricht. Wenn nach den allgemeinen Regeln mehrere Auslegungen in

- - - - -

1) so auch das BVerfG aaO, wonach beide Anspruch auf effektiven Rechtsschutz haben

Betracht kommen, von denen nur eine den Anforderungen der Verfassung entspricht, so gilt allein diese [1].

Die Zulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO wird gerade deswegen bestritten, weil nach allgemeinen Regeln nicht mehrere unterschiedliche Auslegungen möglich seien. Diese Bestimmung sei nach Wortlaut und Sinn eindeutig, im Wege der Auslegung könne daher eine Anwendung des Beschwerdeausschlusses auch auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung nicht ausgeschlossen werden [2].

Aus der Eindeutigkeit des Wortlauts kann die Unzulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung hier nicht geschlossen werden. Denn auch wenn man für alle Fälle der Anfechtungsklage den vorläufigen Rechtsschutz in § 80 VwGO geregelt sieht, kann doch gerade bei § 80 Abs.5 und 6 VwGO bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber die besondere Interessenlage bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung und die daraus folgenden Schwierigkeiten erkannt hat [3].

- - - - -

1) vgl. BVerfG, Beschl. vom 7. März 1953, E 2, S.266 (282); Beschl. vom 17. März 1959, E 9, S. 194 (200); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.319; v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Einl. IV 8

2) so OVG Saarlouis, Vorlageschl. vom 8. Okt. 1969 unter III, nicht veröffentlicht; daran anschliessend BayVGH, Beschl. vom 28. März 1972, BayVBl. 1972, S.296

3) OVG Lüneburg, Beschl. vom 25. Apr. 1967, DVBl. 68, S.47 (48 f); zustimmend Menger/Erichsen, HRR, VerwArch Bd.59 (1968), S.288

Einerseits ist die besondere Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung erst in den Jahren nach Inkrafttreten der VwGO in zunehmendem Maße erkannt worden. Andererseits spricht auch die Entstehungsgeschichte dafür, daß der Gesetzgeber diese Problematik nicht bedacht hat. In der Regierungsvorlage (§ 81) war ein allgemeiner Beschwerdeausschluß bei Beschlüssen im Wiederherstellungsverfahren vorgesehen. Mit der Änderung zur endgültigen Fassung des § 80 Abs.6 VwGO wurde im normalen bilateralen Streitverfahren eine Bevorzugung des Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt erreicht und - wie man vermuten darf - auch bezweckt. Dies ist nämlich der unmittelbar hervortretende Erfolg des einseitigen Beschwerdeausschlusses. Demgegenüber ist das Verhältnis der bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung betroffenen Privatleute zueinander schwerer zu erkennen. Es muß bezweifelt werden, daß der Gesetzgeber hier die Bevorzugung eines Bürgers zuLasten eines anderen gesehen und gewollt hat.

Man wird demnach nicht sagen können, daß sich der Beschwerdeausschluß des § 80 Abs.6 S.2 VwGO nach dem feststellbaren Willen des Gesetzgebers eindeutig auch auf Verwaltungsakte mit Doppelwirkung erstrecken sollte, vieles spricht eher für das Gegenteil. Durch eine restriktive Auslegung [1] wird daher nicht einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen

---

1) VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 10. Juni 1969, ESVGH 20 S.161 und HessVGH, Beschl. vom 27. Sept. 1971, DVBl 1972, S.580 sehen darin eine ergänzende Auslegung. Doch wird nicht der Bereich des § 146 VwGO ausgedehnt, sondern die Ausnahmebestimmung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO in ihrer Anwendung beschränkt

Gesetz ein entgegengesetzter Sinn gegeben. Vielmehr muß es hier zulässig sein, den Sinn des Gesetzes unter Berücksichtigung der grundlegenden Wertentscheidungen des Verfassungsgebers zu erforschen, ohne am - allerdings eindeutigen - Wortlaut des Gesetzes zu haften [1].

c) Eingeschränkte Anwendung

Der einseitige Beschwerdeausschluß des § 80 Abs.6 S.2 VwGO muß demnach so verstanden werden, daß er den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit entspricht. Danach wäre seine Anwendung bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung auf Hoheitsträger beschränkt. Ein in seinen Rechten verletzter Bürger könnte auch gegen stattgebende Beschlüsse nach § 80 Abs.5 VwGO Beschwerde einlegen. Für ihn bliebe es bei der allgemeinen Regel des § 146 Abs.1 VwGO [2].

- - - - -

1) so etwa BVerfG, Beschl. vom 23. Okt.1959, E 8, S.210 (211). Nach dem Wortlaut des § 644 ZPO a.F. war das Statusverfahren zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft allgemein ausgeschlossen. Aus der Entstehungsgeschichte und der Neuverkündung 1950 ergaben sich keine Anhaltspunkte, die diesem Wortlaut widersprachen. Das Bundesverfassungsgericht nahm aber mit dem BGH an, der Gesetzgeber sei von anderen Voraussetzungen ausgegangen und habe nur das Statusverfahren zur Feststellung der Zahlvaterschaft gemeint. Unter Berücksichtigung des Art.6 Abs.5 GG wurde im Wege verfassungskonformer Auslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut das Statusverfahren zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft für zulässig erachtet.
Für § 80 Abs.6 S.2 VwGO jetzt auch BVerfG, Beschl. vom 19. Juni 1973, NJW 1973, S.1491 (1494)

2) vgl. Menger/Erichsen, HRR, VerwArch Bd. 59 (1968), S. 288; BayVGH, Beschl. vom 2. Aug.1972, BayVBl. 1972, S.528; ebenso BVerfG, aaO

Dieser Auffassung zu § 80 Abs.6 S.2 VwGO wird zunächst entgegengehalten, die Zulässigkeit der Beschwerde auch gegen stattgebende Beschlüsse verstoße gegen den vom Gesetzgeber mit dem Beschwerdeausschluß ausdrücklich verfolgten Zweck [1], Beschlüsse im Verfahren um den vorläufigen Rechtsschutz möglichst einem "verwirrenden Hin und Her" zu entziehen [2]. Eine verfassungskonforme Auslegung findet aber ihre Grenze am Gesetzeszweck [3].

Zwar werden durch die Beschränkung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO im wesentlichen auf das bilaterale Verwaltungsstreitverfahren Beschlüsse nach § 80 Abs.5 VwGO in größerem Umfang diesem "verwirrenden Hin und Her" ausgesetzt. Doch hat die vorliegende Untersuchung gerade ergeben, daß der Gesetzeszweck nicht in vollem Umfang erreicht werden kann, weil eine Verkürzung des Verfahrens allein auf Kosten eines Bürgers zugunsten eines anderen gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen würde. Mit der verfassungskonformen Auslegung wird hier nicht dem Gesetzeszweck zuwider gehandelt, sondern die Absicht des Gesetzgebers im größtmöglichen Umfang verwirklicht [4]. Darüberhinaus kann nur der Gesetzgeber für eine weitere Beschleunigung des

- - - - -

1) so OVG Saarlouis, Vorlagebeschl. vom 8. Okt.1969, nicht veröffentlicht, HessVGH, Beschl. vom 27. Sept.1971, DVBl. 1972, S.579 (580)

2) vgl. oben A I 3, S.65

3) so BVerfG, Beschl. vom 7. März 1953, E 2, S.266 (282)

4) dies ist gerade der Sinn verfassungskonformer Auslegung, vgl. BVerfG, Beschl. vom 17. März 1959, E 9, S.194 (200); v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Einleitung

Verfahrens sorgen, indem er Rechtsmittel verfassungsgemäß ausschließt [1].

Ein anderer Einwand geht dahin, die Beschwerdemöglichkeit allein zugunsten des durch die stattgebende Entscheidung belasteten Bürgers passe bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung nicht in das System der VwGO. Diese Auffassung führe dazu, daß der Beigeladene (Bürger) mehr Rechte im Prozeß habe, als die auf seiner Seite stehende Hauptpartei (Behörde), selbst wenn die Vollziehung nicht in seinem Interesse angeordnet sei [2]. Dabei sei die Stellung des Beigeladenen im Prozeß nach der VwGO der eines Hauptbeteiligten zwar angeglichen, aber insgesamt schwächer. Daraus müsse doch eigentlich der umgekehrte Schluß gezogen werden: wenn schon die Beschwerde des Hauptbeteiligten ausgeschlossen sei, müsse dies erst recht für den Beigeladenen gelten [3].

Aber einerseits ist die Rechtsstellung des Beigeladenen in der VwGO nur andeutungsweise geregelt, so daß es schon von daher schwierig sein dürfte, die Systemwidrigkeit der verfassungskonformen Auslegung nachzuweisen. Allerdings ist der Beigeladene in seinen prozessualen Rechten gegenüber der Hauptpartei nach §§ 65 f VwGO beschränkt. Er kann über den Streitgegenstand nur im Rahmen seiner materiellen Berechtigung verfügen. Ob für einen außergerichtlichen Vergleich oder eine Erledigung durch die Hauptparteien

---

1) dafür Bettermann, Anm. zum Urt. des HessVGH, DVBl. 1972, S.581 (583)

2) vgl. BayVGH, Beschl. vom 28. März 1972, BayVBl. 1972, S.296; OVG Saarlouis, aaO

3) so Bettermann, aaO; VGH Bad.-Württ., Beschl. vom 10. Juni 1969, ESVGH 20, S.161

seine Zustimmung erforderlich ist, erscheint mindestens zweifelhaft. Zudem muß er den Verfahrensstand akzeptieren, den er bei seinem Eintritt in das Verfahren vorfindet [1].
Andererseits kann der Beigeladene nach § 65 Abs.2 VwGO selbständig alle Rechtsmittel einlegen, selbst gegen den Widerspruch der Parteien. Er handelt dabei in Wahrnehmung eigener prozessualer Befugnisse, die ihm deshalb zustehen, weil er durch die Entscheidung in seinen eigenen materiellen Rechten betroffen wird [2]. Gerade bei der Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln ist also die Stellung des Beigeladenen nicht schwächer, sondernder der Hauptpartei gleichwertig. Das hindert jedenfalls den Schluß, der Beigeladene müsse bei der Regelung des Beschwerderechts nach § 80 Abs.6 S.2 VwGO eher schlechter als die Behörde gestellt werden.

Doch bedarf die bevorzugte Stellung des Beigeladenen (Bürgers) gegenüber der Hauptpartei (Behörde) dennoch der Rechtfertigung angesichts der Gleichheit bei der Einlegung von Rechtsmitteln. Dazu kann auch hier auf die grundsätzliche Wertentscheidung des Verfassungsgebers in Art.19 Abs.4 GG verwiesen werden [3]. Für den Bürger als Beigeladenen stehen seine privaten Interessen auf dem Spiel, die Behörde als Hauptpartei vertritt die öffentlichen Interessen.

- - - - -

1) vgl. Buhren, Anm., NJW 1972, S.462 (463); Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 66, Rdn 16; Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 66, Anm.10 und 11

2) so Menger, Fortgeltung verfahrensrechtlicher Grundsätze des preußischen Oberverwaltungsgerichts, DVBl. 1950, S.696 (701)

3) vgl. oben A I 3 b), S.69 f

Da das Grundgesetz größeren Wert auf die Verwirklichung der materiellen Rechte des Einzelnen legt, ist auch im Verhältnis Beigeladener - Hauptpartei eine Bevorzugung des Bürgers mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar.

Die Bedenken gegen das Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung greifen demnach nicht durch. Die Anwendung des § 80 Abs.6 S.2 VwGO ist bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung auf Hoheitsträger beschränkt.

B.

Waffengleichheit und Beweislastverteilung

Zwar gilt im Verwaltungsprozeß nach § 86 Abs.1 VwGO die Untersuchungsmaxime und die Beteiligten trifft keine subjektive Beweis- oder Behauptungslast, wie sie der Zivilprozeß für die Parteien kennt. Aber die vorrangige Frage nach der objektiven (materiellen) Beweis- oder Feststellungslast stellt sich auch hier. Selbst nach sorgfältiger Ermittlung des Sachverhaltes unter Berücksichtigung sämtlicher zur Verfügung stehender Beweismittel können wegen der beschränkten menschlichen Erkenntnismöglichkeit entscheidungserhebliche Tatsachen unaufgeklärt bleiben. Das angerufene Gericht darf aber daraufhin nicht etwa das Verfahren aussetzen oder eine "vermittelnde" Entscheidung treffen. Um dennoch zu einer Entscheidung zu kommen, muß es den Regeln über die Verteilung der objektiven Beweislast entnehmen, wer im Falle eines "non liquet" die Folgen der Nichterweislichkeit einer Tatsache zu tragen hat [1]. Daraus ergibt sich die Anwendung oder Nichtanwendung jener Vorschrift, deren Voraussetzungen in dem Verfahren nicht völlig geklärt werden konnten.

- - - - -

1) vgl. BVerwG, Urt. vom 27. Jan. 1956, E 3, S.110 (115); Urt. vom 25. Mai 1960, DVBl. 1960, S.678 (679); Bachof, Rechtsprechung des BVerwG's Bd.2, Nr.198; Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, S.4; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 86, Anm.A 1; Lüke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966. S.587 (588); Tietgen, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, S.11; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 50 I 1, S.129

Je umfangreicher für einen Beteiligten die Beweislast, desto größer ist das Risiko, im Prozeß wegen der Nichterweislichkeit einer Tatsache zu unterliegen. Das zeigt sich in besonderem Maße im Strafprozeß, in dem nach der Regel "in dubio pro reo" der Staat einseitig die Beweislast für die Durchsetzung seines Strafanspruches trägt. Aber auch wenn die Beweislast unter den Beteiligten verteilt ist, kann es entscheidend darauf ankommen, für welche Tatsachen jeden die Beweislast trifft. Wird einer Partei die Beweislast für eine Tatsache auferlegt, für deren Vorliegen sie sich keine Beweismittel verschaffen kann, so kann sie im Prozeß regelmäßig keinen Schutz für jene Rechte erlangen, die ihr nach materiellem Recht zustehen. Damit hängt auch von der Beweislastverteilung ab, ob das gerichtliche Verfahren seine Rechtsschutzfunktion erfüllen kann.

I. Herrschende Beweislastregelung

Soweit die Beweislast für bestimmte Tatsachen einem Beteiligten ausdrücklich zugewiesen ist (vgl. §§ 282, 831 BGB), ergeben sich im Prozeß keine Probleme. Kommt es hinsichtlich dieser Tatsachen zum "non liquet", muß die beweisbelastete Partei den Nachteil daraus tragen. Doch sind ausdrückliche Beweislastregeln die Ausnahme. Auch wo es sie nicht gibt, stellt sich aber die Frage der Beweislast. Hier müssen allgemeine Regeln zur Beweislastverteilung die Antwort geben.

Solche Regeln wurden zuerst für den Zivilprozeß entwickelt. Die von Rosenberg [1] begründete herr-

---

1) Die Beweislast, passim

schende Auffassung läßt sich vereinfacht in einem Satz so zusammenfassen: jede Partei trägt die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Normen [1]. Danach trägt grundsätzlich der Kläger die Beweislast für die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden, der Beklagte die Beweislast für die Voraussetzungen der rechtshindernden oder rechtszerstörenden Normen [2].

Somit ergibt sich die Beweislast allein aus den für die Entscheidung erheblichen Vorschriften. Das Gericht kann sie nur dann anwenden, wenn ihre Voraussetzungen im Verfahren bewiesen worden sind. Ist das Gericht nach Abschluß der Ermittlungen von ihrem Vorliegen nicht überzeugt, werden sie nicht angewandt. Die Nichtanwendung geht aber zu Lasten jenes Beteiligten, dem die Anwendung Vorteile gebracht hätte. Die Regelung der Beweislastverteilung reduziert sich auf "ein Problem des richtigen tatbestandstheoretischen Verständnisses der anzuwendenden Norm" [3].

Diese auf den ersten Blick überzeugende Beweislastregelung hat sich, beschränkt auf die Frage der

---

1) so Rosenberg, aaO , S.98/99; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, § 118 I 2, S.582; BGHZ, Urt. vom 8. Nov. 1951, E 3, S.343 (346); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, Anhang zu § 282, Anm.1) A; Tietgen, aaO, S.36; a.A. Bachof, aaO, danach gibt es keine allgemeingültigen Beweislastregeln. Soweit solche aufgestellt werden, könne sie allenfalls Faustregeln (topoi) sein; ähnlich Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 69 III 2, S.345 f

2) BGHZ, Urt. vom 8. Nov. 1951, E 3, S.345

3) vgl. Lüke, aaO, S.589; ähnlich Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S.32: Beweislast "nur die Benennung einer sich von selbst ergebenden Situation"

objektiven Beweislast, auch im Verwaltungsprozeß überwiegend durchgesetzt [1]. Ihre Ergebnisse sollen im Folgenden in einem kurzen Aufriß dargestellt werden.

1. Abhängigkeit von der materiellen Lage

Man könnte versucht sein, die Beweislast im Verwaltungsprozeß entsprechend den verschiedenen Klagearten zu bestimmen. So ist das BVerwG mit Zustimmung von Bettermann anfänglich davon ausgegangen, daß bei der Anfechtungsklage der Käger die Beweislast trage [2]. Dies sollte sich daraus ergeben, daß er nach § 23 MRVO Nr.165 (ähnlich § 113 Abs.1 VwGO) die Aufhebung des Verwaltungsaktes nur verlangen konnte, wenn dessen Rechtswidrigkeit feststand.
Doch sagen die Verfahrensnormen nicht, wann das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt als rechtswidrig ansehen muß. Die Stellung der Beteiligten im Prozeß hat mit der Beweislastregelung nichts zu tun. Vielmehr kommt es allein auf die materiellrechtlichen Beziehungen an [3]. Diese sind zwar bei den für die

- - - - -

1) vgl. BVerwG, Urt. vom 23. Mai 1962, E 14, S.181 (186); Bernhardt, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JR 1966, S. 322 (325); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 86, Rdn 5; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.374; Tietgen, aaO

2) BVerwG, Urt. vom 18. Apr. 1956, E 3, S.245 (246); Urt. vom 29. Febr.1956, DVBl. 1956, S.681 (683); Bettermann, Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957. S.84 (85): für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes streite eine Vermutung

3) so das BSG, Urt. vom 24. Okt.1957, NJW 1958, S.39 (40); Maetzel, Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1966, S.520 (521); Menger, HRR, VerwArch Bd. 49 (1958), S.282

einzelnen Klagearten typischen Fällen gleich, doch sind Abweichungen von dem Schema möglich, das der Gesetzgeber bei Schaffung der Klagearten vor Augen hatte [1]. Nur mit dieser Einschränkung kann die Beweislast nach Klagearten bestimmt werden.

Das BVerwG ging in seinem Urteil vom 18. April 1956 [2] von einem Sachverhalt aus, bei dem ein Bürger sich mit der Anfechtungsklage gegen einen belastenden Verwaltungsakt wehrte, indem er der Behörde die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage bestritt. Der Entscheidung kann nach der herrschenden Beweislastregelung auch im Ergebnis nicht gefolgt werden. Sie übersieht, daß der Bürger erst durch die im Erlaß des Verwaltungsaktes liegende "Vorjustiz" der Behörde zur Klageerhebung gezwungen wird. Im Prozeß verficht die Behörde mit ihrem Antrag auf Aufrechterhaltung des angefochtenen Verwaltungsaktes weiter ihren behaupteten Anspruch, in Rechte des Bürgers eingreifen zu dürfen. Damit ist es die Behörde, die - unabhängig von ihrer prozessualen Stellung bei der Anfechtungsklage - in diesem Verfahren einen Anspruch geltend macht. Ähnlich sind die prozessualen und materiellrechtlichen Beziehungen dann, wenn der Bürger sich mit einer negativen Feststellungsklage gegen einen bevorstehenden Eingriff wehrt, zu dem die Behörde berechtigt zu sein behauptet. Der Bürger braucht aber einen Eingriff

- - - - -

1) so Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, GR III/2 S.717 (747); nach § 35 Abs.3 des Wehrpflichtgesetzes kann z.B. auch die Wehrbereichsverwaltung Anfechtungsklage erheben; weiteres Beispiel BVerwG, Urt. vom 3. Okt. 1958, E 7, S.242 (250)

2) BVerwG E 3, S.245 ff

in seine Rechte grundsätzlich nicht zu dulden, es sei denn, die Behörde wäre dazu durch Gesetz ermächtigt. Die Gefahr der Beweislosigkeit der tatsächlichen Voraussetzungen einer Ermächtigungsgrundlage geht daher zu Lasten der Behörde [1]. Beruft sich aber der Bürger gegenüber dem Anspruch der Behörde auf Duldung eines Eingriffs in seine Rechte auf eine Ausnahmevorschrift, so trägt er nach der herrschenden Meinung auch die Beweislast für deren Voraussetzungen [2].

Bei der Leistungs- und Verpflichtungsklage, ebenso bei der positiven Feststellungsklage, sind die materiellen Beziehungen in der Regel umgekehrt. Hier macht der Bürger einen Anspruch gegen die Behörde geltend. Deshalb trägt er für die anspruchsbegründenden Tatsachen die Beweislast [3]. Wenn aber, wie in den Fällen des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (Baurecht), dem Bürger ein Anspruch grundsätzlich zusteht und nur ausnahmsweise beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, dann trägt auch die Behörde das Risiko der Beweislosigkeit für die Voraussetzungen dieser Ausnahmevorschriften [4].

---

1) so die hM; vgl. Bernhardt, aaO S.326; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.374; Redeker, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 1966, S.1777 (1779); später auch BVerwG, Urt. vom 3. Okt.1958, E 7, S.242 (250); Urt. vom 25. März 1960, DVBl. 1960, S.489

2) vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 86, Rdn 6; Klinger, VwGO, § 86, Anm. A 1

3) OVG Münster, Beschl. vom 21. Juni 1957, DVBl. 1958, S.64 (65); Lüke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S.587 (591); Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S.537 (543)

4) so Lüke, Redeker und Ule, jeweils aaO

2. Ermessen und Beweislast

Besonders umstritten ist die Beweislastverteilung, wenn der Behörde für ihre Entscheidung ein Ermessensspielraum gegeben ist. Dabei wird man zwei Komplexe unterscheiden müssen: Zunächst fragt sich, wer die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Ermessensnorm trägt. Daran schließt sich die Frage an, ob die Behörde auf dieser Grundlage ihr Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat [1]. Daß diese Differenzierung nicht - zumindest nicht ausdrücklich - vorgenommen wird, dürfte Ursache mancher Meinungsverschiedenheiten sein.

Soweit es um die Anwendbarkeit jener Vorschrift geht, die der Behörde den Ermessensspielraum eröffnet, muß es bei der Geltung der allgemeinen Beweislastregeln unter Berücksichtigung der materiellrechtlichen Beziehungen bleiben. Nur bezüglich der Rechtsfolgen, nicht bei der Tatsachenfeststellung, kann es für die Behörde Ermessen geben. Demgemäß trägt auch bei Ermessensvorschriften jeder die Beweislast für die Tatsachen, auf die er sich zu seinen Gunsten beruft. [2]

Unterschiedliche Auffassungen ergeben sich im wesentlichen erst bei der daran anschließenden Nachprüfung der Ermessensausübung. Wenn im Prozeß nicht geklärt werden kann, ob die Behörde

- - - - -

1) dazu BVerwG, Urt. vom 28. Mai 1965, E 21, S.187 (190): jedes Ermessen "pflichtmäßiges"

2) vgl. Klinger, VwGO, § 86, Anm.A 1; Tietgen, aaO, S.50 f

von ihrem Ermessen dem Gesetzeszweck entsprechend Gebrauch gemacht hat, wen treffen die Folgen der Beweislosigkeit? Soweit sie allein dem Bürger auferlegt werden, soll sich dies aus der Natur der Ermessensvorschriften ergeben. Das Gesetz lasse erkennen, daß jede vom Ermessensspielraum gedeckte Entscheidung grundsätzlich rechtmäßig sei. Die Behörde brauche sie deshalb nicht zu rechtfertigen. Es sei das Risiko des Bürgers, ob sich trotz Einhaltung des Ermessensspielraums ein Ermessensfehlgebrauch beweisen lasse [1].

Zu einem teilweise anderen Ergebnis kommen jene, die in der Einhaltung des Ermessensspielraums lediglich eine Art Beweis des ersten Anscheins für die rechtmäßige Ermessensausübung durch die Behörde sehen. Kann der Bürger aber diesen Anschein erschüttern und ergeben sich Anhaltspunkte für einen Ermessensfehlgebrauch, die nicht aufgeklärt werden können, so soll diese Ungewißheit der Behörde zur Last fallen [2].

Demgegenüber hat das BVerwG in einem Fall, wo die beklagte Behörde der Klägerin eine in ihrem Ermessen stehende Erlaubnis verweigerte, ausgeführt: ob die Voraussetzungen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung vorlägen, könne "nur geklärt werden, wenn die Beklagte eindeutig und schlüssig die Gründe darlegt, die sie dazu veranlaßt haben, die beabsichtigte Zuckereinfuhr zu verweigern"[3]. Danach scheint die Beweislast für eine rechtmäßige Ermessensausübung

---

1) vgl. Klinger, aaO; Redeker, aaO, S.1780; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 50 II 4, S.202

2) so Bernhardt, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JR 1966, S.322 (326); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 86, Rdn.7

3) BVerwG, Urt. vom 28. Mai 1965, E 21, S.187 (190)

bei der Behörde zu liegen.

Von der Entscheidung dieser Frage kann aber für den Bürger die Verwirklichung von Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren abhängen.

II. Problematik dieser Beweislastregelung

Dieser kurze Überblick über die allgemeinen Beweislastregeln und ihre Anwendung im Verwaltungsprozeß hat gezeigt, daß dabei eine möglicherweise vorhandene außerprozessuale Überlegenheit eines Beteiligten grundsätzlich nicht berücksichtigt wird. Sie kann aber den Prozeßausgang entscheiden. Denn auf die Tatsachenermittlung Einfluß nehmen und nachteilige Folgen eines "non liquet" vermeiden kann ein Beteiligter nur dann, wenn er die erheblichen Tatsachen überhaupt kennt und im Streitfall die Möglichkeit hat, seine Behauptungen zu beweisen.

Im Zivilprozeß, für den die Beweislastregeln ursprünglich entwickelt wurden, mag man auch insoweit von einer vorprozessualen Waffengleichheit der Parteien ausgehen können [1]. Jeder Bürger hat die gleiche Möglichkeit, sich Beweise zu verschaffen und Gebrauch davon zu machen. Dann erscheint es nur gerecht, jeden die Beweislast für die Voraussetzungen der ihm günstigen Normen tragen zu lassen, wenn er es im Einzelfall versäumt hat, sich Beweise für seine Behauptungen zu verschaffen. Eine Abweichung von den allgemeinen Beweislastregeln könnte hier gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen [2].

- - - - -

1) vgl. oben Zweiter Teil A. S.58 f

2) so auch BGHZ, Urt. vom 17. Febr.1970, E 53, S. 245 (252)

1. Überlegene Rechts- und Tatsachenkenntnis der Behörde

Im Verhältnis Bürger - Behörde beschränkt sich die außerprozessuale Überlegenheit der Behörde aber normalerweise nicht auf die zunächst ins Auge springende Möglichkeit, durch Verwaltungsakt für den Bürger vorläufig wirksame Regelungen einseitig zu treffen. Die Behörde verfügt auch über größere Erfahrung auf dem jeweiligen Sachgebiet und im Einzelfall häufig über die bessere Kenntnis der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der angegriffenen Maßnahme [1]. Ihre Aufgaben werden wahrgenommen von einem spezialisierten Beamtenstab, der mit vielen ähnlichen Fällen befaßt ist. Er hat die Entscheidung vielleicht von langer Hand vorbereitet, den Sachverhalt mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln - manchmal einseitig - aufgeklärt und sich auch sonst umfassende Unterlagen beschafft. Demgegenüber ist der Bürger auf sich allein gestellt. Er kann im gleichen Maße weder über personelle noch über sachliche Mittel zum Schutz seiner Rechte verfügen. Meist fehlt auch die Kenntnis vergleichbarer Sachverhalte mit abweichenden Entscheidungen.

Daraus ergibt sich im Verwaltungsprozeß die Gefahr, daß sich die unterschiedliche Ausgangsposition der Beteiligten zu Lasten des Bürgers auswirken kann. Er kann mangels Kenntnis oft nicht alles das in den Prozeß einbringen, was zur zweckmäßigen

---

1) vgl. Lüke, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S.41 (43); Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB. u. StGew. II, S.427 (434); Wolff, Anm. zum Urt. des OLG Hamm vom 28. Mai 1951, NJW 1951, S. 771

Verfolgung seiner Rechte erforderlich wäre. Der Behörde bringt ihre Überlegenheit größere Chancen, unabhängig von ihrer materiellen Berechtigung, die Tatsachenermittlung als Entscheidungsgrundlage zu beeinflussen. Sie kann aufgrund ihrer Tatsachenkenntnis leichter als der Bürger ein "non liquet" zu ihren Lasten vermeiden.

Das wird besonders deutlich bei der Beweislastverteilung im Ermessensbereich der Verwaltung. Ein Ermessensfehler scheidet noch nicht aus, wenn die Behörde sich im Rahmen des Ermessensspielraums gehalten hat. Sie muß vielmehr ihr Ermessen überhaupt und richtig ausgeübt haben, nur dann ist ihre Entscheidung rechtmäßig. Welche Erwägungen die Behörde im Einzelfall zu der Entscheidung bestimmt haben, weiß normalerweise sie allein. Selbst wenn der Bürger einen Ermessensfehler vermuten würde, er hätte regelmäßig keine Möglichkeit, sich dafür Beweise zu verschaffen. Soweit die Behörde ihre Entscheidung begründet hat, dürfte dieser (offiziellen) Begründung ein Ermessensfehlgebrauch kaum zu entnehmen sein. Bei Ermessensentscheidungen könnte sich daraus für die Behörde die Möglichkeit ergeben, jeweils die dem Bürger ungünstige vom Ermessensspielraum noch gedeckte Entscheidung zu treffen, ohne den Nachweis eines Ermessensfehlers ernsthaft fürchten zu müssen.

Daneben sind aber auch andere Fälle denkbar, bei denen es dem Bürger unmöglich ist, die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungshandelns zu beweisen, weil die Entscheidung im von ihm nicht einsehbaren Innenbereich der Verwaltung gefallen ist,

2. Ausgleichseffekt der Untersuchungsmaxime

Eine Aufgabe der im Verwaltungsprozeß nach § 86 Abs.1 VwGO geltenden Untersuchungsmaxime ist es aber gerade, die unterschiedlichen Voraussetzungen von Bürger und Behörde für das Verfahren möglichst auszugleichen [1].

a) Ermittlungstätigkeit des Gerichts

Während im Zivilprozeß unter der Verhandlungsmaxime das Gericht sich grundsätzlich bei seiner Entscheidung auf die von den Parteien eingebrachten Tatsachen beschränken muß, klärt das Verwaltungsgericht den Sachverhalt in eigener Verantwortung auf, soweit es für die Sachentscheidung erforderlich ist [2]. Demgemäß ist es an den Tatsachenvortrag der Beteiligten und an deren Beweisanträge nicht gebunden (§ 86 Abs.1 S.2 VwGO). Es kann selbständig Beweis erheben, für die Parteien zweckdienliche Anträge anregen (§ 86 Abs.3 VwGO) und Auskunft und Aktenvorlage von den Behörden verlangen (§ 99 Abs.1 VwGO). Dadurch können auch solche Tatsachen der Entscheidung zugrunde gelegt werden, von denen die Beteiligten nichts wußten und auf die sie sich deshalb nicht berufen konnten. Diese Ermittlungstätigkeit des Gerichts sichert im Verwaltungsprozeß eine größere Aussicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit [3] und kommt angesichts der unterschied-

- - - - -

1) vgl. BVerwG, Urt. vom 14. Mai 1963, E 16, S.94 (98); Eyermann/Fröhler, VwGO, § 86, Rdn.4; Lang, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.52 (1961), S.60 (70,78); Maetzel, Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1966, S.520; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I, S.91

2) so BVerwG, Urt. vom 4. März 1960, E 10, S.202 (204); Ule, aaO, § 26 II, S.100

3) für viele Lang, aaO

lichen Voraussetzungen in erhöhtem Maße dem Bürger zugute. Gleichzeitig sichert sie die in dem Verfahren berührten öffentlichen Interessen, deren Wahrnehmung man nicht allein den Beteiligten überlassen will [1].

b) Einfluß der Beteiligten

Doch sollte man den durch die Maximen bedingten Unterschied von Zivil- und Verwaltungsprozeß nicht überschätzen. Die Maximen sind keine Rechtssätze, an die der Gesetzgeber jeweils so gebunden wäre, daß in einem Verfahren nur die Verhandlungs- oder nur die Untersuchungsmaxime gelten könnte [2]. Sie können vielmehr miteinander verbunden werden. So enthalten Zivil- und Verwaltungsprozeß Komponenten beider Verfahrensmaximen.

Auch im Zivilprozeß hat das Gericht die Möglichkeit zur Aufklärung in eigener Verantwortung, etwa mit dem Fragerecht nach § 139 ZPO, der Anordnung der Urkunden- und Aktenvorlage nach §§ 142, 143 ZPO und der Augenscheinseinnahme und Sachverständigenbestellung nach § 144 ZPO. Wo aber, wie in Ehe- und Kindschaftssachen, auch öffentliche Interessen berührt sind, da ist die Verhandlungsmaxime ausdrücklich eingeschränkt und nach §§ 622, 640 ZPO dem Gericht die Ermittlung von Tatsachen von Amts wegen gestattet.
Andererseits wirken auch im Verwaltungsprozeß die Beteiligten bei der Tatsachenermittlung mit, wie sich

- - - - -

1) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.149; Lang, aaO, S.79/80; Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB. u. StGew. II, S.427 (434)

2) vgl. Menger, aaO, S.433: Maximen "als Material im Arsenal des Gesetzgebers"; Tietgen, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, S.8

aus § 86 Abs.1 S.1 VwGO ergibt, wonach das Gericht die Beteiligten zu seinen Ermittlungen heranzieht. Eine Mitwirkungspflicht [1] der Beteiligten folgt auch aus § 82 Abs.1 S.2 VwGO. Tatsachen und Beweismittel gehören zum zwingenden Inhalt der Klageschrift.

Selbst wenn man von jeweils geltenden Maximen und Verfahrensordnungen absieht, ist ein Gericht immer auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen, wenn es die Wahrheit finden will. Häufig ergibt sich erst aus ihrem Vortrag ein Anhaltspunkt, Ermittlungen in einer bestimmten Richtung selbständig vorzunehmen. Manche Tatsachen und Beweismittel sind allein ihnen bekannt und nur mit ihrer Hilfe dem Gericht zugänglich [2]. Ohne solche Anhaltspunkte ist das Gericht zu (endlosen) Ermittlungen weder in der Lage noch verpflichtet [3].

Die Untersuchungsmaxime kann demnach nicht verhindern, daß auch im Verwaltungsprozeß die Beteiligten maßgeblichen Einfluß auf die Feststellung des der Entscheidung zugrunde zu legenden Sachverhaltes nehmen können. Auswirkungen der überlegenen Rechts- und Tatsachenkenntnis der Behörde sind zwar für den

---

1) zur Mitwirkungspflicht der Beteiligten vgl. OVG Münster, Urt. vom 25. Mai 1961, OVGE 16, S.293 (295); Haueisen, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht der Beteiligten, NJW 1966, S.764 ff; zu weitgehend BVerwG, Beschl. vom 6. Dez.1963, DVBl. 1964, S.192, danach soll die Aufklärungspflicht des Gerichts dort enden, wo die Mitwirkungspflicht der Parteien einsetzt

2) vgl. BVerwG, Urt. vom 8. Juli 1964, E 19, S.87 (94); Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.146/147

3) so Maetzel, Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DÖV 1966, S.520 (525)

Prozeß weitgehend ausgeglichen, aber sie können nicht völlig ausgeschlossen werden. Dann fragt es sich, ob die Beweislastverteilung mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar ist.

III. Anwendbarkeit des prozessualen Grundsatzes der Waffengleichheit

Gegen eine solche Kontrolle der Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß an verfassungsrechtlichen Grundsätzen wendet sich Ule, der sie ausschließlich aus den anzuwendenden Rechtssätzen ableiten will [1]. Eine nähere Begründung gibt er für seine Auffassung nicht. Sie dürfte sich zumindest in dieser Allgemeinheit auch kaum finden lassen. Wie alles rangniedere Recht muß auch eine Regelung der Beweislast, gleichgültig in welcher Prozeßart, mit dem Grundgesetz vereinbar sein [2]. So sieht auch Rosenberg bei einem Vergleich der unterschiedlichen Beweislastverteilung in verschiedenen Prozeßarten den Grund solcher Differenzierung in den Geboten der Zweckmäßigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit [3]. Das gilt in ganz besonderem Maße für die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß. Eine Verfassungsordnung, die sich die "Präponderanz der Freiheit des Individuums" zum Ziel gesetzt hat, muß gerade dort ihre Wertentscheidungen zu verwirklichen suchen, wo es zum

---

1) Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S.537 (543)

2) vgl. BGHZ, Urt. vom 17. Febr. 1970, E 53, S.245 (252) für Art.3 Abs.1 GG; Lüke, über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S.587 (591)

3) Rosenberg, Die Beweislast, S.91 mwN

Streit zwischen Individuum und Staat kommt [1]. Nur vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund läßt sich das Verhältnis von Bürger und Staat im Verwaltungsprozeß mit seiner Beziehung zur Beweislastverteilung richtig begreifen [2]. Im Einzelfall lassen sich aus den Anforderungen des Grundgesetzes aber nur dann Konsequenzen für die Beweislastverteilung ziehen, wenn diese Anforderungen sich hinreichend konkretisieren lassen.

In dieser Untersuchung ist eine Konkretisierung des Gleichheitsgrundsatzes als Grundsatz der Waffengleichheit für das Prozeßrecht versucht worden. Doch kann man die Beweislastregelung daran messen? Darüber, welchem Rechtsgebiet sie zuzurechnen sei, gehen die Meinungen auseinander. Zumindest eine unmittelbare Anwendung des Grundsatzes der Waffengleichheit würde aber voraussetzen, daß die Beweislastregeln zum Prozeßrecht gehören.

1. Zuordnung der Beweislastregeln zum materiellen Recht

Für eine materiellrechtliche Rechtsnatur der Beweislastregeln werden im wesentlichen drei Argumente angeführt. Zunächst, daß nach der herrschenden Meinung aus Rechtsnormen des materiellen Rechts abgeleitet werde, für welche Tatsachen ein Beteiligter die

---

1) so Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, GR III/2 S.717 (747); Tietgen, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, S.37

2) Rupp, Zur neuen VwGO, AöR Bd.85 (1960), S.319

Beweislast trägt. Diese Regelung müsse dann auch demselben Rechtsgebiet angehören [1]. Ähnlich ist die Auffassung Rosenbergs, nach der die Beweislastnormen zu dem Rechtsgebiet gehören, dem auch der Rechtssatz, dessen Voraussetzungen die streitigen Tatsachen begründen sollen, zugerechnet wird [2]. Danach gehören Beweislastregeln bei der Anwendung prozessualer Vorschriften ebenfalls zum Prozeßrecht. Soweit es aber um die Begründetheit einer Klage nach materiellem Recht geht, stimmen beide Meinungen überein.

Doch setzt das materielle Recht lediglich das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Tatsachen voraus. Daraus leitet zwar die herrschende Meinung die Bezugspunkte für die Beweislastverteilung bei einem "non liquet" ab, aber unmittelbar ergibt sich die Beweislast aus den materiellen Vorschriften nicht [3]. Für diese Auffassung wird auch die Beweislastregelung im Strafprozeß herangezogen werden dürfen. Dort wird nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" die Beweislast gerade unabhängig von den anzuwendenden Strafvorschriften einseitig dem Staat auferlegt.

Rosenberg irrt auch, wenn er meint, "das Gesetz, das den Inhalt der Entscheidung bestimmt, wenn die Voraussetzungen seiner Rechtssätze vorliegen, muß auch

- - - - -

1) Redeker, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 1966, S.1777 (1780) mwN

2) Rosenberg, Die Beweislast, S.81

3) vgl. Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S.69 mit ausführlicher Begründung; anders wohl Lüke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S.587 (589)

Antwort auf die Frage geben, wenn das Vorliegen einer Voraussetzung seiner Rechtswirkungen nicht erwiesen ist" [1]. Dieses Problem kann sich dem materiellen Recht gar nicht stellen. Seine Voraussetzungen liegen entweder vor oder sie liegen nicht vor - unabhängig davon, ob sie bewiesen werden können - und dementsprechend sind die Beteiligten zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen berechtigt oder verpflichtet.

Für eine materiellrechtliche Rechtsnatur der Beweislastregeln scheint auch zu sprechen, daß ausdrückliche Regelungen überwiegend in den materiellen Gesetzen zu finden sind. Doch kann dies allein als Argument nicht ausreichen. Daraus läßt sich nur entnehmen, daß zur Entstehungszeit vor allem der ZPO die Beweislast als Teil des materiellen Rechts angesehen und deshalb von der Regelung allgemeiner und spezieller Fragen abgesehen wurde. Später hat das BGB nur spezielle Beweislastregeln aufgenommen und die Entwicklung im übrigen Praxis und Lehre überlassen [2].

Schließlich wird noch darauf verwiesen, die Beweislastregeln beträfen nicht etwa das Verfahren des Gerichts, sondern bestimmten den Inhalt seiner Entscheidung. Der Entscheidungsinhalt werde aber grundsätzlich von Rechtssätzen des materiellen Rechts getragen. Deshalb müßten auch die Beweislastregeln zu diesem Rechtsgebiet gerechnet werden [3]. Doch ist zweifelhaft, ob dieser Schluß zulässig ist, da die Beweislastregeln nur in einer Ausnahmesituation

---

1) Rosenberg, Die Beweislast, S.81

2) so BGHZ, Urt. vom 8. Nov. 1951, E 3, S.343 (345)

3) vgl. Leipold, aaO S.70

herangezogen werden dürfen. Sie greifen nur da ein, wo das materielle Recht keine Lösung bieten kann, beim"non liquet".

2. Zuordnung zum Prozeßrecht

Gerade dies könnte eine Begründung dafür sein, die Beweislastregeln dem Prozeßrecht zuzurechnen. Sie enthalten nicht wie andere materielle Vorschriften Verhaltensanforderungen für die Beteiligten, sondern ihre Funktion ist allein auf den Prozeß beschränkt [1]. Hier wenden sie sich ebenfalls nicht an die Beteiligten, sondern nur an den Richter und ermöglichen ihm eine Entscheidung, wenn die Ermittlungen im Prozeß nicht alle Einzelheiten aufklären konnten. So schaffen sie Rechtssicherheit - notfalls auf Kosten der materiellen Gerechtigkeit.

Darin dürfte das schwerwiegendste Argument für eine Zuordnung zum Prozeßrecht zu sehen sein. Zwar besteht bei jedem Urteil, das von Menschen gefällt wird, die Möglichkeit, daß es im Widerspruch zur materiellen Rechtslage steht. Aber bei einer Beweislastentscheidung ist der Richter gezwungen, bewußt eine Abweichung vom materiellen Recht in Kauf zu nehmen. So regeln die materiellen Normen die wahre Rechtslage, die Beweislastregeln nur die prozessualen Ergebnisse. Dies wird durch die prozessualistische Rechtskrafttheorie unterstrichen, nach der die materielle Rechtslage von der richterlichen Entscheidung unbeeinflußt bleibt. Das Auseinanderklaffen von materieller Rechtslage und prozessualer Entscheidung spricht dafür, daß materielles Recht und Beweislast-

- - - - -

1) Rupp, Zur neuen VwGO, AöR Bd.85 (1960), S.302 (317); Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1.Teil, § 156 III 2, S.468

vorschriften verschiedenen Rechtsgebieten angehören [1].

Diese nur stichwortartig aufgeführten Gründe führen dazu, im Einklang mit der überwiegenden Meinung die Regelung der Beweislast dem Prozeßrecht zuzurechnen [2]. Damit ist auch der Gleichheitsgrundsatz so anwendbar, wie er als Grundsatz der Waffengleichheit für das Prozeßrecht konkretisiert worden ist.

IV. Auswirkungen auf die Beweislastverteilung

Auch Rosenberg hält zwar "die Gebote... der ausgleichenden Gerechtigkeit" für anwendbar auf die Regelung der Beweislast, aber er will ihnen kein an den Richter gerichtetes Verteilungsprinzip für die Beweislast im Einzelfall entnehmen. Der Gesetzgeber müsse unter Berücksichtigung der Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit Beweislastregelungen treffen, an die der Richter dann gebunden sei. Wollte der Richter im Einzelfall die Beweislast entsprechend den Anforderungen des Grundgesetzes verteilen, wäre das Ergebnis eine untragbare Rechtsunsicherheit. Das Beweislasturteil könnte den Beteiligten wie Willkür erscheinen [3].

Dahinter dürfte zunächst die Auffassung stehen, daß die Beweislastregeln unmittelbar den jeweils anzuwendenden Vorschriften zu entnehmen seien. Danach

---

1) dazu Lent/Jauernig, Zivilprozeßrecht, S.155

2) dafür z.B. Bernhardt, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JR 1966, S.322 (325); Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 50 II 2, S.200; außerdem die umfangreichen Literaturnachweise bei Rosenberg, Die Beweislast, S.78, FN 1

3) vgl. Rosenberg, aaO, S.91 ff mwN

würde schon der Hinweis auf Art.100 Abs.1 GG regelmäßig den Richter daran hindern, die Beweislast entsprechend seiner eigenen Erkenntnis der ausgleichenden Gerechtigkeit zu verteilen. Diese Bedenken bestehen aber nicht, wenn man , wie hier, die Beweislastregeln als ungeschriebene Bestandteile des Prozeßrechts, allerdings mit Bezugspunkten in den anzuwendenden Gesetzen, versteht, deren Entwicklung der Gesetzgeber bewußt Rechtsprechung und Lehre vorbehalten hat [1]. Dann ist es gerade deren Aufgabe, bei der Beweislastverteilung die Anforderungen des Grundgesetzes zu beachten, insbesondere dafür zu sorgen, daß gleiche Chancen im Prozeß gewährt sind.

Dabei kann es nicht darum gehen, allgemeine Beweislastregeln abzuschaffen und an deren Stelle in jedem Einzelfall die Wertung durch den Richter zu stellen. Vielmehr gilt es, jene Beweislastregeln, die in der Situation des Zivilprozesses regelmäßig den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügen, den unterschiedlichen Voraussetzungen des Verwaltungsprozesses anzupassen. Diese Anpassung mag zu einer zeitweiligen Rechtsunsicherheit führen, die wegen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung nicht vermeidbar ist. Wenn es aber gelungen ist, die allgemeinen Beweislastregeln den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit entsprechend zu modifizieren, wird die Rechtssicherheit nicht mehr beeinträchtigt.

- - - - -

1) dazu BGHZ, Urt. vom 8. Nov. 1951, E 3, S.343 (345)

1. Beweislastumkehr im Zivilprozeß - Produzentenhaftung

Auch im Zivilprozeß werden die oben dargestellten allgemeinen Beweislastregeln nicht ausnahmslos angewandt. Von der grundsätzlich geltenden Beweislastverteilung wird vielmehr dann abgewichen, wenn die außerprozessualen Voraussetzungen der Beteiligten so unterschiedlich sind, daß dadurch die schwächere Partei an der Wahrnehmung ihrer Rechte im Prozeß gehindert werden könnte. Dies soll an dem sog. "Hühnerpestfall", der Entscheidung des BGH zur Produzentenhaftung, kurz dargestellt werden [1].

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Auf der Hühnerfarm der Klägerin wurden durch einen Tierarzt unter Verwendung eines von der Beklagten hergestellten Impfstoffes die Hühner gegen Hühnerpest geimpft. Kurz darauf brach dennoch die Hühnerpest aus, es entstand großer Schaden. Mit der Klage wurde die Beklagte als Herstellerin auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Der von der Beklagten bezogene Impfstoff stammte aus einer Charge, die von einem staatlichen Institut untersucht und freigegeben worden war. Anschließend war im Betrieb der Beklagten die Abfüllung erfolgt.

Im selben Monat trat bei vier weiteren Hühnerzüchtern, die ihre Hühner mit Impfstoff aus derselben Charge hatten impfen lassen, ebenfalls die Hühnerpest

- - - - -

1) BGHZ, Urt. vom 26. Nov. 1968, E 51, S.91 ff; zur Arzthaftung vgl. BGHZ, Urt. vom 11. Apr. 1967, VersR 1967, S.713

auf. Daraufhin wurden mehrere der übriggebliebenen Flaschen dieser Charge von zwei Instituten untersucht und bakterielle Verunreinigungen und noch aktive Viren festgestellt. Es konnte jedoch nicht geklärt werden, worauf diese Verunreinigungen und Viren zurückzuführen waren, ob auf Fehler bei der Herstellung, bei der Abfüllung oder sonstige Ursachen.

Nach den allgemeinen Beweislastregeln hätte die geschädigte Klägerin für einen Anspruch aus § 823 Abs.1 BGB dessen Voraussetzungen dartun und notfalls beweisen müssen; neben der Kausalität zwischen ihrem Schaden und dem Verhalten der Beklagten auch deren Verschulden. Da dieser Beweis nicht gelungen war, hätte die Klage abgewiesen werden müssen. Dennoch bejahte der BGH einen Schadensersatzanspruch der Klägerin. Er legte der Beklagten die Beweislast dafür auf, daß sie den objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit nicht verschuldet habe [1].

Den Grund für diese Beweislastumkehr sah der BGH in den unterschiedlichen tatsächlichen Voraussetzungen beider Parteien. Der Nachweis des Verschuldens hänge davon ab, inwieweit der Geschädigte den objektiven Geschehensablauf aufklären könne. Das sei aber besonders schwierig, wenn es sich um den Herstellungsprozeß von Industrieprodukten handele. Deshalb werde vom Geschädigten nur der Beweis verlangt, daß sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers ausgelöst worden sei. Weiter führt der BGH aus: "Hat er aber diesen Beweis

- - - - -

1) BGHZ, aaO, S.104 ff

geführt, so ist der Produzent "näher dran" den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Er überblickt die Produktionssphäre, bestimmt und organisiert den Herstellungsprozeß und die Auslieferungskontrolle der fertigen Produkte. Oft machen die Größe des Betriebes, seine komplizierte, verschachtelte, auf Arbeitsteilung beruhende Organisation, verwickelte technische, chemische oder biologische Vorgänge und dergleichen es dem Geschädigten praktisch unmöglich, die Ursache des schadenstiftenden Fehlers aufzuklären. ... Liegt so aber die Ursache der Unaufklärbarkeit im Bereich des Produzenten, so gehört sie auch zu seiner Risikosphäre. Dann ist es sachgerecht und zumutbar, daß ihn das Risiko der Nichterweislichkeit seiner Schuldlosigkeit trifft" [1].

Bei der Diskussion um die Beweislastumkehr im Zivilprozeß wird, soweit ersichtlich, nirgendwo auf Art.3 Abs.1 GG oder den Grundsatz der Waffengleichheit ausdrücklich Bezug genommen. Dennoch erinnert die Argumentation in vielen Fällen an ein Gleichheitsurteil. Zunächst schon durch die verwendeten Begriffe, wenn die Beweislastumkehr als "sachgerecht" oder "gerecht" bezeichnet wird. Vor allem aber entsprechen Ziel und Er-

---

1) so BGHZ, aaO, S.105/106; bestätigt durch BGHZ, Urt. vom 28. Sept.1970, JR 1971, S.29 (30); für vertragliche und quasivertragliche Beziehungen BGHZ, Urt. vom 12. Okt.1967, E 48, S.310 (312); Deutsch, Anm., JR 1969, S.391 ff; ähnlich Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung, S.86 f; dazu auch Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, passim

gebnis der Beweislastumkehr den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit: Die Gewährleistung chancengleichen Rechtsschutzes wird für dieses Teilgebiet dadurch erreicht, daß kein Beteiligter die Beweislast für solche Tatsachen trägt, die er nach den unterschiedlichen Voraussetzungen nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten beweisen kann.

2. Anwendung im Verwaltungsprozeß

Wenn schon im Zivilprozeß unterschiedliche Ausgangspositionen der Beteiligten ausnahmsweise Einfluß auf die Beweislastverteilung haben können, muß dies im Verwaltungsprozeß erst recht gelten. Denn er soll vorrangig dem Bürger Rechtsschutz gewähren, auf Seiten der Behörde aber sind regelmäßig die besseren Voraussetzungen. Allerdings sind durch die Untersuchungsmaxime die unterschiedlichen Voraussetzungen teilweise ausgeglichen. Insoweit wird es auch im Verwaltungsprozeß grundsätzlich bei den allgemeinen Beweislastregeln bleiben müssen, ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt hier nicht vor.

Anders dann, wenn die vorprozessuale Ungleichheit im Einzelfall die Gefahr mit sich bringt, daß das Prozeßrecht die materiellrechtlichen Zielsetzungen des Gesetzgebers vereitelt [1]. Zur Verdeutlichung können die im Zivilprozeß entwickelten Grundsätze herangezogen und abgewandelt so formuliert werden: Wenn im Verwaltungsprozeß Tatsachen nicht ermittelt werden, die im Verantwortungsbereich (in der Sphäre) der Behörde liegen, dann trägt diese das Risiko der Beweislosigkeit, ungeachtet der allgemeinen Beweislastregeln.

- - - - -

1) vgl. Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung, S.86

Als Beispiel soll hier wieder auf die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen verwiesen werden [1]. Für die tatsächlichen Voraussetzungen der Ermessensnorm finden die allgemeinen Beweislastregeln Anwendung. Eine Kontrolle der Ermessensausübung aber erfordert einen Einblick in das Verwaltungshandeln, den der Bürger normalerweise nicht hat. Die Willensbildung findet im Innenbereich der Behörde statt und wird von dieser organisiert. Deshalb liegt es an ihr, die der Ermessensentscheidung zugrunde liegenden Erwägungen darzutun. Sie trägt entsprechend den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit bei Ermessensentscheidungen die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung.

- - - - -

1) vgl. oben B II 1, S.97 ff

C.

Der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß

Entsprechend einer mit der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern eng verbundenen Tradition enthält auch die VwGO im 4. Abschnitt mit den §§ 35 - 37 Vorschriften über einen allgemeinen Vertreter des öffentlichesn Interesses [1]. Nach § 35 VwGO gibt es beim BVerwG zwingend einen Oberbundesanwalt (OBA) zur Wahrung des öffentlichen Interesses. Dagegen ist es nach § 36 Abs.1 VwGO den Ländern überlassen, ob sie durch Rechtsverordnung beim OVG und den VGen einen Vertreter des öffentlichen Interesses (VöI) bestellen. Diesem kann nach § 36 Abs.1 S.2 VwGO "allgemein oder für bestimmte Fälle die Vertretung des Landes oder von Landesbehörden" übertragen werden [2]. Damit sollte vor allem dem Land Bayern der Fortbestand einer bis dahin mit Erfolg arbeitenden Institution - der Staatsanwaltschaft bei den Verwaltungsgerichten - ermöglicht werden.

Von der Ermächtigung zur Schaffung eines VöI haben in reiner Form nur die Länder Rheinland-Pfalz [3], Nord-

---

1) zur historischen Entwicklung vgl. Schulz-Hardt, Der allgemeine Vertreter des öffentlichen Interesses, S.7 ff; Baring, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, VerwArch Bd.50 (1959), S.105 (108 ff)

2) für den OBA ist eine Parteivertretung in § 35 VwGO nicht vorgesehen und durch § 1 Abs.1 S.2 der Dienstanweisung vom 11. Jan.1967, GMBl. 1967, S.39 ausdrücklich ausgeschlossen

3) LandesVO über den Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 18. Okt. 1960, GVBl. 1960, S.255

rhein-Westfalen [1] und Schleswig-Holstein [2] Gebrauch gemacht. Niedersachsen hatte zwar zunächst einen VöI bestellt, bereits ein Jahr später wurde diese Institution jedoch wieder aufgelöst [3].

Daneben haben Bayern und Baden-Württemberg ebenfalls VöI bestellt, diesen aber gem. § 36 Abs.1 S.2 VwGO in unterschiedlichem Umfang ihre Vertretung übertragen. In Bayern vertritt die Staatsanwaltschaft in verwaltungsgerichtlichen Verfahren das Land und die Landesbehörden [4]. In Baden-Württemberg ist die Landesanwaltschaft nur mit der Vertretung des Landes selbst beauftragt [5]. Diese zusätzlichen Aufgaben sollen im folgenden zunächst außer Betracht bleiben und nur die Funktion der "reinen" Vertreter des öffentlichen Interesses untersucht werden.

Über die prozessuale Stellung und Aufgaben der Vertreter des öffentlichen Interesses sagt die VwGO nicht viel

- - - - -

1) VO über die Bestellung von Vertretern des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 26. März 1960, MinBl. 1960, S.48

2) VO über die Vertreter des öffentlichen Interesses nach der Verwaltungsgerichtsordnung, vom 29. März 1961, GVBl. 1961, S.32

3) vgl. die VO zu Aufhebung der VO über die Bestellung eines Vertreters des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 19. Apr.1962, GVBl. 1962, S.41; zur Begründung vgl. Schulz-Hardt, aaO, S.41

4) VO über den Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 23. März 1960, GVBl.1960, S.31; § 5 Abs.1

5) VO der Landesregierung über die Landesanwaltschaften bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vom 22. März 1960, GVBl. 1960, S.99; § 2 Abs.1

aus [1]. Nach § 63 Nr.4 VwGO haben sie die Stellung eines Beteiligten, wenn sie von ihrer Mitwirkungsmöglichkeit Gebrauch machen. Ihre prozessualen Rechte sind nur in wenigen Bestimmungen ohne Systematik ausdrücklich geregelt. Danach müssen sie bei allen Verwaltungsgerichten Gelegenheit zur Äußerung erhalten (§§ 35 Abs.2, 36 Abs.2 VwGO). Wenn die Anträge gestellt sind, kann eine Klage nur noch mit ihrer Einwilligung zurückgenommen werden (§ 92 VwGO), dasselbe gilt für die Zurücknahme von Berufung und Revision (§§ 126,140 VwGO). Schließlich können die Vertreter des öffentlichen Interesses nach § 153 Abs.2 VwGO selbständig die Nichtigkeits- und Restitutionsklage erheben. Über den Umfang weitergehender Befugnisse gehen die Auffassungen auseinander. Jedenfalls wird ihnen heute allgemein auch das Recht zugestanden, Rechtsmittel einzulegen. Dabei brauchen sie keine eigene Beschwer geltend zu machen und können sogar von ihrer eigenen Stellungnahme in der Vorinstanz abweichen [2]. Damit kann für diese Untersuchung festgestellt werden, daß die Vertreter des öffentlichen Interesses auf den Verlauf eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erheblichen Einfluß nehmen können.

Für die beiden Hauptbeteiligten, für Kläger und Beklagten, stellt sich dann die Frage, in welchem Sinne der Einfluß geltend gemacht wird. Denn ihre Chancen

---

1) dazu, daß die Funktionen von OBA und VöI wesentlich gleich sind, vgl. BVerwG, Zwischenurteil vom 15. Apr. 1964, E 18, S.205 (210)

2) vgl. BVerwG, aaO, S.205 ff; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 35, Rdn 9; Hans Schröder, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S.48

im Prozeß können davon abhängen, ob sie mit dem Vertreter des öffentlichen Interesses zusätzliche Hilfe oder einen zusätzlichen Gegner erlangen. Wegen dieser Bedeutung steht gleichzeitig immer die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Waffengleichheit im Raum [1].

I. Aufgaben von OBA und VöI

Um hier eine Antwort geben zu können, muß zunächst die Aufgabe der Vertreter des öffentlichen Interesses geklärt werden. Es gibt viele Versuche, ihre Funktion im Verwaltungsprozeß mit Hilfe einprägsamer Schlagworte zu kennzeichnen. Sie reichen von der Bezeichnung als "Ratgeber des Gerichts" [2] über "Mittler zwischen Verwaltung und Gericht" [3] bis zu "Sprachrohr der Verwaltung" [4]. Doch sind dies alles nur formelhafte Ausdrücke, die die dahinterstehende Wirklichkeit nur unvollständig wiederzugeben vermögen. Zudem lassen sie unterschiedliche Auffassungen über die Institution der Vertreter des öffentlichen Interesses erkennen. Worin also besteht ihre Funktion im Prozeß?

- - - - -

1) nur darum, nicht um die Zweckmäßigkeit dieser Institution, geht es hier; vgl. zur Zweckmäßigkeit bejahend Gerber, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, DÖV 1958, S.680 (684); Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S.391, FN 134; ablehnend Baring, Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.50 (1959), S.164; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.276

2) so Gaedke, Der Vertreter des öffentlichen Interesses nach der VO Nr.165, DÖV 1950, S.73 ff

3) Holzweißig, Die Aufgaben eines Vertreters des öffentlichen Interesses, DÖV 1960, S.17 (18)

4) Petersen, Über die Notwendigkeit eines Vertreters des öffentlichen Interesses im Verwaltungsstreitverfahren, DÖV 1959, S.537 ff

1. Wahrung des öffentlichen Interesses

Als gemeinsamer Ausgangspunkt bietet sich zunächst ihre Bezeichnung als "Vertreter des öffentlichen Interesses" in Verbindung mit § 35 Abs.1 S.2 VwGO an, wonach der OBA "zur Wahrung des öffentlichen Interesses" tätig werden soll. Damit ist die Verwirklichung der Anforderungen des öffentlichen Interesses ihre eigentliche Aufgabe. Doch gerade in der Bestimmung dieser Anforderungen besteht die Schwierigkeit. Denn der Begriff des "öffentlichen Interesses" gehört zu den am häufigsten gebrauchten und dennoch am wenigsten geklärten unserer Rechtssprache [1]. Diese Untersuchung kann nun nicht das Ziel haben, den Begriff allgemeingültig zu definieren. Sie muß sich vielmehr darauf beschränken, die generelle Zielrichtung des "öffentlichen Interesses" und seiner Verfolgung im Verwaltungsprozeß aufzuzeigen.
Ein Hinweis auf die Art der Aufgabenstellung kann sich einerseits aus einer Gegenüberstellung mit den in einzelnen Gesetzen vorgesehenen Spezialvertretern von öffentlichen Interessen [2] ergeben. Diese haben nur be-

- - - - -

1) so Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S.19/20; Neis, Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim BVerwG, DVBl. 1968, S.229 (233); zur Komplexität dieses Begriffs vgl. ferner Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, passim

2) vgl. § 316 des Lastenausgleichsgesetzes vom 14. Aug. 1952 - Vertreter der Interessen des Ausgleichfonds (VIA); § 45 des Besatzungsschäden-Abgeltungsgesetzes vom 1. Dez.1955; § 56 des Bundesleistungsgesetzes vom 19. Okt.1956; § 18 Abs.2 S.2 des Schutzbereichsgesetzes vom 7. Dez.1956; § 56 des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes vom 5. Nov.1957 - Vertreter des Bundes- oder Finanzinteresses; § 35 des Ausländergesetzes vom 28.Apr.1965 - Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten. Diese Vertreter von Sonderinteressen sind teils auch, teils nur am verwaltungsbehördlichen Verfahren beteiligt

grenzte Interessen zu vertreten, ihre Zuständigkeit ist auf eine Sondermaterie beschränkt. Dagegen soll der Vertreter des öffentlichen Interesses nach §§ 35 ff VwGO nach der Vorstellung des Gesetzgebers das allgemeine öffentliche Interesse wahren. Deshalb können beide im Prozeß auch nebeneinander auftreten.

Die Gegenüberstellung zeigt - unabhängig von den Schwierigkeiten, die der Begriff des öffentlichen Interesses als solcher dem richtigen Verständnis bereitet - weiterhin, daß ein die Allgemeinheit berührendes öffentliches Interesse im Gegensatz zu allen Einzelinteressen, damit auch zu den im Prozeß beteiligten Partei- und Behördeninteressen verstanden werden muß [1]. Zur Feststellung der maßgeblichen Interessen kann auf das Demokratiegebot (Art.20 Abs.1 GG) unserer Verfassung zurückgegriffen werden. Aufgabe der staatlichen Organwalter ist "die Wahrnehmung öffentlicher Interessen in Gestalt derjenigen der staatsbürgerlichen Allgemeinheit" [2].

Einem solchen Verständnis entspricht es, wenn Wolff als "wahre öffentliche Interessen... die irrtumsfrei erkannten Interessen der Gemeinschaft" bezeichnet [3]. Ähnlich müssen auch jene verstanden werden, die es als Aufgabe der Vertreter des öffentlichen Interesses ansehen, den Belangen der Allgemeinheit und des Gemeinwohls im Verwaltungsprozeß Ausdruck zu

---

1) so Neis, aaO, S.231

2) Martens, aaO, S.185; vgl. Häberle, aaO S.454 FN.112, danach hat der Vertreter des öffentlichen Interesses "etwaige Gemeinwohlgesichtspunkte vorzuformulieren"

3) Hans J.Wolff, Verwaltungsrecht I, § 29 III 2, S.162

verschaffen [1]. Insgesamt herrscht grundsätzliche Einigkeit darüber, daß die Beteiligung eines Vertreters des öffentlichen Interesses am Verfahren nicht darauf gerichtet sein dürfe, einer bestimmten Partei, insbesondere nicht der beklagten Behörde, zum Siege zu verhelfen. Vielmehr sei es seine Aufgabe, darauf hinzuwirken, daß das Recht sich durchsetze und das Gemeinwohl keinen Schaden leide [2]. Seine Beteiligung müsse sich immer zugunsten der Partei auswirken, die das Recht auf ihrer Seite habe [3].

Nach dem Konzept der VwGO sollen also die Vertreter des öffentlichen Interesses nicht Sprachrohr oder Mittler der beklagten Verwaltung sein; ihre eigenen Interessen durchzusetzen ist Aufgabe der Verwaltung selbst. Die Vertreter des öffentlichen Interesses sollen als "qualifizierte Einrichtung der Rechtspflege" neuen Rechts- und Tatsachenstoff einführen und so das gerichtliche Verfahren fördern [4].

2. Institutionelle Ausgestaltung

Um materielle Funktionen sachgerecht wahrnehmen zu können, bedarf es der entsprechenden organisato-

- - - - -

1) vgl. BVerwG, Beschl. vom 18. März 1961, E 12, S. 119 ff; Meyer-Hentschel, Vertreter des öffentlichen Interesses, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45, S.117

2) so BVerwG, Urt. vom 11. Sept.1958, E 7, S.226 (227); Groß, Die Staatsanwaltschaft bei den bayerischen Verwaltungsgerichten, BayVBl.1959, S.101 (108); Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S.224,532 FN.104; ähnlich Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S.185 f

3) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 35, Rdn.5, § 36, Rdn.7

4) BVerwG, Zwischenurt. vom 15.Apr.1964, E 18, S.205 (207); Neis, aaO, S.230

rischen Voraussetzungen [1]. So gehört etwa zum Begriff der Rechtsprechung die persönliche und sachliche Unabhängigkeit des Richters. Auch OBA und VöI können ihre Aufgabe als neutrales Organ der Rechtspflege nur in dem Umfang erfüllen, wie sie organisatorisch von den streitenden Parteien abgesetzt sind [2].

Die VwGO sagt wenig darüber, in welchem organisatorischen Rahmen die Vertreter des öffentlichen Interesses ihre Aufgaben erfüllen sollen. Hier regeln Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Dienstanweisungen des Bundes und der fünf Länder mit VöI die institutionelle Ausgestaltung. Bei dieser Ausgestaltung bestehen große Unterschiede, die die tatsächliche Funktion der Vertreter des öffentlichen Interesses beeinflussen können. Deshalb sollen die Einzelregelungen unter Beachtung von hier besonders wichtigen Aspekten kurz vergleichend dargestellt werden.

a) Weisungsabhängigkeit

Das Wirken der Vertreter des öffentlichen Interesses kann entscheidend davon bestimmt sein, ob und wenn ja, wessen Weisungen sie unterworfen sind. Um, wie nach der oben aufgezeigten Konzeption des Gesetzgebers möglicherweise beabsichtigt, völlig objektiv im Verfahren mitwirken zu können, müßten auch für sie persönliche und sachliche Unabhängigkeit gesichert sein. Die Vertreter des öffentlichen Interesses dürften von

---

1) dazu H.-J. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 71, S.1 ff

2) vgl. BVerwG, aaO; Rupp, Popularklage im Umweltschutzrecht, ZRP 1972, S.32 (34)

niemandes Weisung abhängig sein [1].

Doch haben sie dann noch eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem zur Streitentscheidung berufenen, ebenfalls neutralen und unabhängigen Gericht? Auch das Gericht soll bei seiner Entscheidung das öffentliche Interesse wahren. Durch die Bindung der Richter an Recht und Gesetz wird die Verwirklichung des objektiven Rechts gewährleistet. Einen VöI als Ratgeber des Gerichts [2] aber müßten die Richter zurückweisen. Denn sie haben das Recht selbst zu kennen ("iura novit curia"). Ergeben sich Zweifel, können sie sich in eigener Verantwortung eines Sachverständigen bedienen [3]. Zwischen einem mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten VöI und dem Gericht wären Kompetenzkonflikte beinahe unvermeidlich.

Letztlich kann die Frage aber offen bleiben, denn in der Praxis gibt es diesen von jeder Weisung unabhängigen Vertreter des öffentlichen Interesses gar nicht. Vielmehr unterliegen der OBA und die VöI in den Ländern der Fachaufsicht von Seiten der Exekutive. Damit ist das Risiko verbunden, daß die neutrale Wahrnehmung des allgemeinen öffentlichen Interesses zwar theoretisch, die Unterstützung der am Prozeß als Partei

- - - - -

1) für eine solche Unabhängigkeit z.B. Bachof, Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, DReZ 1950, S.341 (344); Rupp, aaO, S.34; dahin tendierend wohl auch Neis, aaO, S.232; ablehnend, Schulz-Hardt, Der allg. VÖI, S.112

2) so Gaedke, aaO, S.74

3) vgl. Gerber, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, DÖV 1958, S.680 (682); Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S.276

beteiligten Behörde aber in Wahrheit als Aufgabe dieser Institution angesehen werden muß. Das hängt davon ab, welche Exekutivorgane die Weisungen erteilen dürfen und wie weit ihre Weisungsbefugnis reicht.

aa) Fachaufsicht der Bundes- oder Landesregierung

Für den OBA ist in § 35 Abs.1 S.3 VwGO ausdrücklich vorgesehen, daß er (nur) an die Weisungen der Bundesregierung gebunden ist [1]. Vertritt er eine andere Auffassung als eine oberste Bundesbehörde, muß er versuchen, zu einem Ausgleich zu kommen. Kommt eine Einigung nicht zustande, kann die Behörde die Entscheidung der Bundesregierung herbeiführen [2]. Sieht die oberste Bundesbehörde davon ab, ist der OBA verpflichtet, vor dem BVerwG neben seiner eigenen auch die Auffassung der obersten Bundesbehörde vorzutragen [3].

Wie der OBA sind auch die VöI in den Ländern Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz weitgehend unabhängig von Einflüssen an dem Ausgang des Verfahrens unmittelbar oder mittelbar interessierter Behörden. Sie unterstehen allein der Fachaufsicht durch ihre Landesregierungen [4].

- - - - -

1) entsprechend § 6 Abs.1 der Dienstanweisung, Allgemeine Verwaltungsverordnung zu § 35 der VwGO, vom 11. Jan.1967, GMBl. 1967, S.39 f

2) § 6 Abs.2 der Dienstanweisung

3) § 6 Abs.3 der Dienstanweisung; Bedenken bei Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.166

4) vgl. § 4 Abs.1 S.2 der bay.VO vom 23. März 1960, GVBl. 1960, S.31; § 4 Abs.2 der bad.-württ. VO vom 22. März 1960, GBl. 1960, S.100; § 1 Abs.2 S.2 der rh.-pf.VO vom 18. Okt.1960, GVBl 1960, S.255 ; anders in Bayern und Baden-Württemberg bei Vertretungssachen

Zwar machen die Regierungen von diesem de iure bestehenden Weisungsrecht in der Praxis nicht Gebrauch [1]. Aber schon ihre theoretische Einflußmöglichkeit zeigt, aus welcher Sicht die Vertreter des öffentlichen Interesses die Anforderungen des Allgemeinwohls darzulegen haben. Denn die Anschauungen von dem, was zur Förderung des Allgemeinwohls erforderlich ist, können je nach dem Standpunkt des Betrachters weit auseinandergehen. Die Regierungen aber sind politisch für die Verwirklichung des Allgemeinwohls im Staate verantwortlich. Deshalb haben sie ein eigenes Interesse daran, daß vor allem bei Streitigkeiten auf dem Gebiete des rechtlich nicht gebundenen Verwaltungshandelns das öffentliche Interesse auch aus ihrer Sicht dargestellt wird. Diese Aufgabe sollen, wenn nötig nach Kontakten mit der Regierung, die Vertreter des öffentlichen Interesses wahrnehmen [2]. Sie werden deshalb auch als "Regierungsfaktor im Verwaltungsprozeß" angesehen [3].

Durch die Bindung an die Weisung der Regierung als Kollegialorgan und nicht an Weisungen der jeweils zuständigen Ressortminister werden die Vertreter des öffentlichen Interesses der Gefahr entzogen, öffentliche Interessen aus dem einseitigenBlickwinkel eines Ressorts beurteilen zu müssen. Sie sollen Entscheidungen über die Anforderungen des Allge-

---

1) vgl. Neis, Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1968, S.229 (232)

2) so Gerber, Anm. DÖV 1959, S.344 (345); Neis, aaO, S.235; Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.67

3) Gerber, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, DÖV 1958, S.680 (683)

meinwohls jenseits von Ressortinteressen treffen und sich von Gesichtspunkten der gesamtstaatlichen Verantwortung des obersten politischen Exekutivorgans Regierung leiten lassen können [1].

bb) Fachaufsicht des Innenministers

Legt man dieselben Maßstäbe auch beim VöI in Schleswig-Holstein an, erscheint es mindestens zweifelhaft, ob er die ursprünglich vorgesehene überparteiliche Stellung im Verwaltungsgerichtsverfahren einnehmen kann. Jedenfalls ist sie nicht wie beim OBA und den VöI in Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz in diesem Punkte organisatorisch abgesichert.
In Schleswig-Holstein ist der VöI unmittelbar der Fachaufsicht des Innenministers unterstellt. Da dieser seine Weisungen "gegebenenfalls im Benehmen mit dem beteiligten Fachminister" erteilt [2], untersteht der VöI mittelbar auch der Fachaufsicht der jeweils betroffenen Ressorts. Diese sind zwar in den meisten Fällen an den Verfahren nicht selbst beteiligt und werden deshalb durch die Entscheidung nicht unmittelbar betroffen, aber häufig dürften ihre Interessen mit denen der ihnen nachgeordneten beklagten Behörde übereinstimmen.

Auch in Schleswig-Holstein wird von diesem Weisungsrecht nur selten Gebrauch gemacht [3]. Damit mag

- - - - -

1) vgl. Gerber, Anm., aaO; Neis, aaO S.235; Meyer-Hentschel, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, Schriftenreihee der Hochschule Speyer Bd.45, S.117

2) Nr.9 S.2 der "Dienstanweisung für die Vertreter des öffentlichen Interesses", ABl. für Schleswig-Holstein 1961, S.240

3) dazu Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.141

immerhin dem VöI die Chance einer selbständigen, überparteilichen Entscheidung gegeben sein. Doch die Gefahr einseitiger Stellungnahmen im Verwaltungsprozeß bleibt bestehen.

cc) Dezentralisierte Fachaufsicht

Dies gilt in besonderem Maße für eine Regelung, wie sie in Nordrhein-Westfalen für die VöI durch Dienstanweisung getroffen worden ist [1]. Danach wird die Fachaufsicht über den VöI beim OVG durch den zuständigen Ressortminister, über die VöI bei den VGen durch die jeweiligen Regierungspräsidenten oder sachlich zuständigen Landesmittel- oder Landesoberbehörden ausgeübt (§ 5 Abs.1 a und b). Die Weisungsberechtigten haben die ausschließliche Entscheidung darüber, ob der VöI sich an einem Verfahren beteiligt und welchen Inhalt im Einzelnen die Stellungnahme haben soll, die er vor dem Gericht abgibt (§ 5 Abs.1 und 2). Den VöI bleibt nur die Entscheidung über den genauen Wortlaut der Stellungnahme. Dabei ist noch zu beachten, daß die Weisungsberechtigten häufig schon als Widerspruchsbehörde am Vorverfahren beteiligt waren. Jedenfalls werden in dem Verfahren unmittelbar Ressortinteressen berührt.

Eine so umfassende Bindung an Weisungen der betroffenen Behörden macht deutlich, daß in Nordrhein-Westfalen unter dem von den VöI zu wahrenden öffentlichen Interessen ausschließlich das Interesse der Verwaltung verstanden werden kann [2]. Der VöI ist hier

- - - - -

1) Runderlaß der Landesregierung vom 26. März 1960, MinBl. NW 1960, Sp.957 ff

2) BVerwG, Zwischenurt. vom 15. Apr.1964, E 18, S.205 (211 ff)

nichts anderes als ein zusätzlicher Prozeßvertreter der beklagten Behörde [1]. Diese Auffassung wird noch dadurch gestützt, daß die VöI sich an einem Verfahren nur dann beteiligen sollen, "wenn das öffentliche Interesse nicht bereits durch den Kläger, Beklagten oder Beigeladenen oder deren Prozeßvertreter ausreichend gewahrt wird" [2]. Damit werden Parteiinteressen und das vom VöI zu vertretende Interesse gleichgesetzt.

b) Form der Amtsausübung (Hauptamt-Nebenamt)

Auch bei der Form der Amtsausübung bestehen zwischen den Vertretern des öffentlichen Interesses Unterschiede, die für ihre Aufgabe von Bedeutung sein können. Der OBA [3] und die VöI in den Ländern Bayern [4] und Baden-Württemberg nehmen ihre Funktion hauptamtlich wahr. Dagegen wird die Funktion eines VöI in Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein nur nebenamtlich ausgeübt [6].

Davon kann aber eine objektive Erforschung und Darstellung der Interessen des Allgemeinwohls (mit) abhängig sein. Für den nebenamtlichen VöI besteht die Gefahr einer Aufgaben- und Interessenkollision. Zunächst kann er als VöI mit Verfahren befaßt werden, denen

- - - - -

1) BVerwG, aaO

2) § 2 Abs.2 b der Dienstanweisung, s.o. S.125 FN 1

3) vgl. Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.168

4) § 1 Abs.3 der VO vom 23. März 1960, BayGVBl.1960, S.31 f

5) Ausübung im Hauptamt zwar nicht ausdrücklich geregelt, wird aber tatsächlich praktiziert

6) für Nordrhein-Westfalen Meyer-Hentschel, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45, S.110; ansonsten Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.148 FN 3-5

Vorgänge zugrunde liegen, die er vorher im Hauptamt entschieden hat. Hier wird er sich für befangen erklären und vertreten lassen müssen [1]. Außerdem steht er in jedem Fall vor dem Problem, gegen die Verwaltung, vielleicht sogar gegen seinen eigenen Verwaltungszweig, auftreten zu müssen [1]. Hier kann man ungerechtfertigte Rücksichtnahme kaum mit Sicherheit ausschließen, wenn der VöI seine Stellung in der Verwaltung nicht zu schwer belasten will.

Solche Schwierigkeiten sind von vornherein ausgeschlossen, wenn die Aufgaben eines Vertreters des öffentlichen Interesses hauptamtlich wahrgenommen werden. Nur diese Form der Amtsausübung wird dem Anspruch, ein "qualifiziertes Rechtspflegeorgan" zu sein, in vollem Umfang gerecht [2]. So ist auch das Zwischenurteil des BVerwGs vom 15. April 1964 zu verstehen, wonach vom Anwaltserfordernis des § 67 Abs.1 VwGO nur ähnlich dem OBA durch Gesetz geschaffene und organisatorisch aus der Verwaltung herausgelöste Organe befreit sind [3].

c) VöI als offizielle Parteivertreter

Eine Sonderstellung nehmen die Staats- bzw. Landesanwaltschaft in Bayern und Baden-Württemberg deshalb ein, weil sie offiziell mit der Vertretung von Parteiinteressen betraut sind [4]. Als Parteivertreter

- - - - -

1) vgl. Menger, Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, StB u. StGew II, S.427 (432)

2) dazu Gerber, Anm., DÖV 1959, S.344 (346); Naumann, Die Verwaltungsgerichtsordnung, DÖV 1960, S.361 f; danach hängt die Zweckmäßigkeit der Institution eines VöI von der Wahrnehmung im Hauptamt ab

3) BVerwG E 18, S.205 (211)

4) vgl. oben C., S.115

sind sie an die Weisungen der jeweiligen Landesbehörden grundsätzlich gebunden. Die Staatsanwaltschaft in Bayern hat allerdings das Recht, bei Meinungsverschiedenheiten eine Entscheidung der Landesregierung herbeizuführen [1].

Abgesehen von diesen Vertretungssachen soll sich ihre Funktion aber gegenüber den anderen Vertretern des öffentlichen Interesses nicht verändern. Es ist fraglich, ob diese Doppelrolle überhaupt in einer Institution vereinbar ist.

aa) Neutrale Parteivertretung

Vor allem während der Geltung der süddeutschen VGG und vereinzelt nach Inkrafttreten der VwGO wurde in der Diskussion die Auffassung vertreten, auch als Parteivertreter blieben die Staats- und Landesanwaltschaft in Bayern und Baden-Württemberg im eigentlichen Sinne Vertreter des öffentlichen Interesses. Von dieser Voraussetzung geht auch § 5 Abs.1 in Verbindung mit § 4 Abs.1 der bayerischen VO über den VöI [2] aus. Danach erscheinen beide Funktionen untrennbar verbunden. Die Funktion als VöI würde letztlich die Parteivertretung überlagern [3]. Diese Auffassung wurde zunächst auch vom BVerwG vertreten [4].

Dem stehen erhebliche Bedenken entgegen. Wie soll der VöI im Prozeß überparteilich wirken, wenn er an die Weisungen einer Partei gebunden ist? Dies gilt für Baden-Württemberg in vollem Umfang. Aber auch in

---

1) § 5 Abs.5 der VO vom 23. März 1960

2) vgl. oben C., S.115

3) so Eyermann/Fröhler, VwGO, § 36, Rdn.7; Neis, Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1968, S.229 (230)

4) BVerwG, Urt. vom 11. Sept.1958, E 7, S.227

Bayern zeigt die komplizierte Regelung bei Meinungsverschiedenheiten bis zur Entscheidung der Staatsregierung, daß der Verordnungsgeber davon ausgegangen ist, die Staatsanwaltschaft werde normalerweise "den ihr im Einzelfall von den beteiligten Behörden gegebenen Instruktionen entsprechen" [1].

Zudem sind die beiden Aufgaben so unterschiedlich, daß sie gleichzeitig nicht wahrgenommen werden können [2]. Man wird deshalb davon ausgehen müssen, daß sich Staats- und Landesanwaltschaft in diesen Fällen auf die Parteivertretung beschränken und nicht als Vertreter des öffentlichen Interesses im eigentlichen Sinne angesehen werden können [3], denn überparteiliche Parteivertreter gibt es nicht.

bb) Verhältnis zur eigentlichen Aufgabe

Damit bleiben den süddeutschen VöI für ihre eigentliche Funktion allenfalls noch die Verfahren, in denen Gemeinden, Gemeindeverbände, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts verklagt sind [4]. Mit deren Vertretung können sie nicht beauftragt werden und insoweit sind sie auch nur an Weisungen ihrer Regierungen gebunden.

- - - - -

1) vgl. Ule, Anm., DVBl.1960, S.895 (896)

2) vgl. Bachof, Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine VwGO des Bundes, DReZ 1950, S.341 (344); Baring, Der Vertreter des öffentlichen Interesses im deutschen Verwaltungsprozeß, VerwArch Bd.50 (1959), S.105 (151)

3) nach überwiegender Auffassung widerspricht die Parteivertretung der eigentlichen Aufgabe eines VöI, vgl. Baring, aaO, S.15; Schulz-Hardt, Der allg. VöI, S.150 ff; a.A. Groß, Die bayerische Staatsanwaltschaft in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, DVBl.1960, S.626 (627)

4) auch diese Doppelfunktion in unterschiedlichen Verfahren wird als problematisch angesehen, vgl. Redeker, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45, S.132

In diesen Fällen machen sie von ihrer Beteiligungsmöglichkeit aber nur sehr selten Gebrauch. So waren im Jahre 1968 in Baden-Württemberg bei den VGen Freiburg und Stuttgart und beim VGH Mannheim insgesamt 4741 Verfahren anhängig, von denen die Landesanwaltschaft unterrichtet wurde. Davon waren 1673 Vertretungsfälle, an denen sie sich beteiligen mußte. Darüberhinaus wurde nur in 68 Fällen die Beteiligung erklärt [1]. Danach war die Landesanwaltschaft nicht einmal in 5 % aller Verfahren, an denen sie teilnahm, in ihrer eigentlichen Funktion tätig. Von einem ähnlichen Verhältnis wird man auch in Bayern ausgehen müssen, zumal dort auch noch die Landesbehörden von der Staatsanwaltschaft vertreten werden.

Dieses Zahlenverhältnis rechtfertigt die Befürchtung, daß in Süddeutschland durch die Vielzahl der Vertretungssachen "das Bewußtsein für die Kernaufgabe verdunkelt", wenn nicht ausgelöscht ist [2].

---

1) Angaben bei Redeker, aaO

2) vgl. Gerber, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, DÖV 1958, S.680 (684); nach Redeker, aaO, S.137 führt diese Koppelung zweier gegensätzlicher Aufgaben dazu, daß die VöI im Beteiligungsverfahren den Standpunkt vertreten, der "für anhängige oder zukünftige Vertretungssachen am geeignetsten" erscheint

II Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Waffengleichheit

Zunächst kann allgemein gesagt werden, daß ein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit dann vorläge, wenn durch die Institution des Vertreters des öffentlichen Interesses mit ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung in Bund und Ländern die Erfolgschancen eines Prozeßbeteiligten beeinträchtigt würden. Dies könnte nach der vorigen Darstellung allenfalls der Bürger sein. Mögen auch im Ergebnis die Auffassungen auseinander gehen, im Ausgangspunkt sind sich alle einig, daß eine Regelung die Waffengleichheit beseitigt, bei der "der Naturalpartei im Prozeß zwei oder gar drei Vertreter gegenüberständen, die das Interesse der Verwaltung wahrten" [1]. Daran ist der Einfluß der verschiedenen Vertreter des öffentlichen Interesses zu messen.

1. Wahrung der Interessen des Gemeinwohls

Wenn ein Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß seine eigentliche Funktion als Vertreter des Gemeinwohls wahrnimmt, wird seine Stellungnahme zu einem umstrittenen Problem regelmäßig die Auffassung einer der beiden Parteien stützen. Die andere Partei sieht sich bei der Vertretung ihrer Interessen von zwei Gegnern angegriffen. Doch dies ist nicht eine Situation, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffen-

---

1) vgl. BVerwG, Zwischenurt. vom 15. Apr. 1964, E 18, S.205 (207); Redeker, aaO, S.128 f; Eisemann, Weisungsrecht, DÖV 1958, S.685 ff; Neis, Die Aufgabe der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1968, S.229

gleichheit begründen könnte. Denn hier setzt sich der Vertreter des öffentlichen Interesses eigenständig für übergeordnete Belange ein, ohne damit auf ein bestimmtes Prozeßergebnis, auf die Unterstützung des Klägers oder des Beklagten zu zielen. Mag er auch durch seinen Einfluß einem von beiden zum Siege verhelfen, so kann er doch nicht als zweiter Vertreter der Parteiinteressen bezeichnet werden. Insofern kann seine Stellung im Verfahren mit der eines Beigeladenen verglichen werden. Auch dieser vertritt von den Hauptparteien unabhängige Interessen, kann damit aber zum Erfolg für Kläger oder Beklagten beitragen. Aus der Sicht der Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit ist beides gleich unbedenklich.

Überträgt man diese allgemeinen Überlegungen auf die unterschiedlich institutionell ausgestalteten Vertreter des öffentlichen Interesses, so verstößt jedenfalls die Beteiligung des OBA an einem Verfahren nicht gegen den Grundsatz der Waffengleichheit. Denn bei ihm sind alle Voraussetzungen für ein überparteiliches Handeln - organisatorische Trennung von der Verwaltung und Abhängigkeit nur von Weisungen der Regierung - gegeben. Dafür spricht auch die Tatsache, daß der OBA in etwa 30 % aller Beteiligungsfälle auf Seiten des Bürgers steht [1]. Dies ist ein hoher Prozentsatz, wenn man bedenkt, daß auch die beklagte Verwaltung nach Art.20 Abs.3 GG an Recht und Gesetz gebunden ist.

- - - - -

1) dazu die Angaben bei Meyer-Hentschel, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd.45, S.108; ebenso Neis, aaO, S.231 FN 28

Ähnliche Voraussetzungen sind für die Staats- bzw. Landesanwaltschaft in Bayern und Baden-Württemberg gegeben, soweit es sich nicht um Vertretungssachen handelt. Ihre institutionelle Ausgestaltung entspricht in Beteiligungsverfahren der des OBA. Doch könnte ihre Funktion durch die Koppelung zweier gegensätzlicher Aufgaben beeinträchtigt werden. Davon unterscheidet sich die Ausgestaltung der VöI in Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein. Sie nehmen ihre Aufgabe im Nebenamt wahr, zudem ist der VöI in Schleswig-Holstein an Weisungen des Innenministers gebunden. Die Neutralität dieser VöI ist daher nicht in einem mit der Institution des OBA vergleichbaren Maße gesichert. Dennoch wird man sie nicht generell als zusätzliche Parteivertreter ansehen dürfen, dies hängt von der Amtsausübung im Einzelfall ab. Es besteht aber die Gefahr, daß interessierte Behörden sich der Institution in verfassungswidriger Weise bedienen könnten. Eine stärkere Sicherung gegenüber Einflüssen der betroffenen Behörden wäre wünschenswert.

2. VöI als Parteivertreter

Damit verbleiben die VöI in den Ländern Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen, die (auch) mit der Vertretung der Verwaltung beauftragt sind. Trotz der scheinbaren Übereinstimmung empfiehlt es sich, die Fälle der offiziellen und der uneingestandenen Parteivertretung getrennt auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen.

a) Offizielle Parteivertretung

Soweit die Staats- und Landesanwaltschaften in Bayern und Baden-Württemberg offiziell die Vertretung des Landes oder oberster Landesbehörden wahrnehmen, treten sie an die Stelle der beklagten Behörden. Die Vertretung führt daher zu keiner Vermehrung der Gegner und kann unter diesem Aspekt nicht gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen.

b) Uneingestandene Parteivertretung

Anders bei den VöI in Nordrhein-Westfalen. Sie verbergen unter ihrer Bezeichnung die Tatsache, daß sie neben der selbst beteiligten Behörde ebenfalls das (öffentliche) Interesse der Verwaltung zu wahren haben. Der Bürger, der die Behörde verklagt hat, sieht sich zwei Gegnern gegenüber.

Daraus kann zunächst eine psychologische Benachteiligung resultieren, weil der Bürger Hemmungen haben könnte, eine Verwaltungsmaßnahme anzugreifen, die neben der verklagten Behörde auch durch den "Vertreter des öffentlichen Interesses" verteidigt wird [1]. Bedeutsamer ist die objektive Folge, daß sich für den Bürger das Prozeßrisiko erhöht, weil zwei Vertreter der Verwaltungsinteressen das Verfahren zu seinen Ungunsten betreiben. Auch der VöI kann eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites trotz Einigung der Hauptparteien zu Lasten des Bürgers verhindern [2]. Er kann

- - - - -

1) vgl. Eisemann, Weisungsrecht, DÖV 1958, S.685 (689)

2) dazuRedeker, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S.130

ohne Zustimmung der beteiligten Behörde Rechtsmittel einlegen.

Der Bürger hat daher nicht mehr die gleichen tatsächlichen Chancen, die Tatsachenermittlung und das Prozeßergebnis zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Die Institution des Vertreters des öffentlichen Interesses in Nordrhein-Westfalen verstößt gegen den Grundsatz der Waffengleichheit der Prozeßbeteiligten [1].

---

1) zu diesem Ergebnis hätte auch das BVerwG in seinem Zwischenurt. vom 15. Apr.1964, E 18, S.205 ff kommen müssen. Darin wird einerseits ein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit angenommen, wenn der Bürger mehreren Vertretern des Verwaltungsinteresses gegenübersteht (S.207), andererseits wird der VöI Nordrhein-Westfalen als Parteivertreter (neben der beklagten Behörde) bezeichnet (S.212)

L e b e n s l a u f

Am 31.5.1947 wurde ich in Lendringsen, Krs. Iserlohn, als dritter Sohn des Angestellten Ernst Otto Lichtenberg und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Liefländer, geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Vom 1.4.1953 bis zum 31.3.1957 besuchte ich die katholische Volksschule in Lendringsen. Mit dem 1.4. 1957 wechselte ich zum Walram-Gymnasium nach Menden, wo ich nach neun Jahren am 25.2.1966 im altsprachlichen Zweig das Abitur bestand.

Anschließend studierte ich vom Sommersemester 1966 bis zum Wintersemester 1967/68 vier Semester Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Bonn. Ab Sommersemester 1968 setzte ich mein Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster fort. Am 16.1.1971 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Hamm mein Erstes Staatsexamen.